

TARTU ÜLIKOOL
ÕIGUSTEADUSKOND
Avaliku õiguse osakond

Kevin Kõo

**KOHTULIK AKTIVISM – SELLE VÄHENDAMISE VAJALIKKUSEST JA
VÕIMALUSTEST**

Magistritöö

Juhendaja

prof Jaan Ginter

Tartu

2019

Sisukord

Sisukord.....	2
Sissejuhatus	3
1. Kohtuliku aktivismi mõiste	7
1.1. Kohtuliku aktivismi mõiste esmased kasutamised	7
1.2. Kohtuliku aktivismi mõiste Eestis.....	9
1.3. Kohtuliku aktivismi subjektiivsus	14
1.3.1. Subjektiivsus institutsioonivälises aktivismis	14
1.3.2. Subjektiivsus otsustusprotsessi aktivismis	17
1.3.3. Subjektiivsus institutsiooniseses aktivismis	19
2. Kohtulik aktivism ohutu ja positiivse nähtusena.....	21
2.1. Kohtulik aktivism nii liberaalsete kui konservatiivsete väärtuste kaitsjana.....	21
2.2. Kohtutel puuduvad täitevinstrumendid	26
2.3. Kohtud kui sobivad poliitikakujundajad	30
2.4. Seadusandja võimalused kohtuotsusest tuleneva poliitika muutmiseks.....	33
3. Kohtuliku aktivismi negatiivsed küljed.....	34
3.1. Võimude lahususse sekkumine.....	34
3.2. Kohtute legitiimsiooni puudumine	38
3.2.1. Normatiivne legitiimsioon	38
3.2.2. Empiiriline legitiimsus	43
3.3. Enamuspõhimõtte rikkumine.....	44
3.3.1. Enamuspõhimõtte kui demokraatia printsiibi osa.....	44
3.3.2. Konstitutsiooniline dialoog	46
3.4. Kohtuliku aktivismi negatiivsete mõjude vähendamise võimalustest.....	49
3.4.1. Kohtunike valimine otse rahva poolt.....	49
3.4.2. Kohtunike ametiaja tähtaegsus ja tagasivalimine.....	53
3.4.3. Järelevalve teostamise võimalustest kohtute tegevuse üle	55
Kokkuvõte	60
About the Necessity of Reducing and the Possibilities of Reducing Judicial Activism. Summary.....	66
Kasutatud materjalid.....	71
Kasutatud lühendid.....	79

Sissejuhatus

Õiguskirjanduses märgitakse, et avalikkus kasutab kohtuliku aktivismi mõistet peamiselt tööriistana kohtuotsuste kritiseerimiseks.¹ Võib öelda, et ka tänane avalik diskussioon kohtuliku aktivismi üle ja selle mõiste kasutamine ning tähelepanu alla sattumine nii meedias kui Eesti õiguskirjanduses on peamiselt seotud ühe poliitiku sõnavõtuga Riigikogu kõnepuldis, kus kritiseerides üht kohtuotsust läks lendu ka lause, mille järgi soovis kõneleja, et kritiseeritava kohtuotsuse teinud kohtunike „pead veereksid“.² Kõneleja heitis kohtunikele konkreetses kaasuses ette, et kohtunikud mitte ei sisustanud õigust, vaid löid õigust, ning sellega seoses ründasid põhiseaduses ettenähtud võimude lahususe printsiipi, õõnestasid Eesti riigi korda ning avaliku arvamusega selgelt vastuolus olevaid väärtushinnanguid, viidates seega kohtuliku aktivismi tunnustele.

Sõnavõtu reljeefsuse tõttu tekkis ühiskondlik debatt peamiselt parlamendiliikme sõnakasutuse sobivuse üle, kuid hakati arutlema ka sõnavõtu sisulise osa ehk kohtuliku aktivismi üle.³ Eesti õiguskirjanduses on pärast nimetatud poliitiku sõnavõttu kohtulikku aktivismi käsitletud poliitiku sõnavõtu aluseks olnud kaasuse näitel ning repliigi korras on ühes artiklis sellele käsitlemisele ka vastatud.⁴ Enim on Eestis kohtuliku aktivismi teemal kirjutanud Berit Aaviksoo, kes on kohtuliku aktivismi kontseptsiooni käsitletud 14 oma aastat tagasi kirjutatud magistritöös⁵, ajakirja *Juridica* veergudel⁶ aga hiljem ka mõned aastad tagasi kohtute aastaraamatus.⁷

Aaviksoo on oma magistritöö sissejuhatuses kohtulikku aktivismi kui nähtust kirjeldanud läbi kuulsa India mõistujutu, kus neli pimedat meest kirjeldasid elevanti vastavalt sellele, kuidas

¹ C. Green. An Intellectual History of Judicial Activism. – *Emory Law Journal* 2009, Vol. 58, No. 5. P 1195.

² Arupärimine samast soost isikute abielu kandmise kohta rahvastikuregistrisse (nr 298). XIII Riigikogu stenogramm. V istungjärk. Esmaspäev, 20. märts 2017, kell 15:00 – Arvutivõrgus: <http://stenogrammid.riigikogu.ee/et/201703201500#PKP-20562> (15.01.2019).

³ A. Uritam. Justiitsaktivismist ja kohtute kontrollimisest. Postimees 05.02.2018. – Arvutivõrgus: <https://arvamus.postimees.ee/4398677/anu-uritam-justiitsaktivismist-ja-kohtute-kontrollimisest> (15.01.2019).

⁴ Õiguskirjanduses kritiseeris kohtuotsust ka V. Vooglaid (V. Vooglaid. Kohtulik aktivism abielu mõiste moonutamisel. Kommentaar Tallinna Ringkonnakohtu 24. novembri 2016. a otsusele asjas *Ats Joorits vs. Harju Maavalitsus* (3-15-2355). – *Juridica I/2018*. Tartu: Juura 2018), kelle käsitlemise kohta esitas oma artiklis kommentaari E. Kergandberg (E. Kergandberg. Kohtukaebeõigus, eriti edasikaebeõigus Riigikohtu ja eriti kriminaalkolleegiumi praktikas: kas lihtõiguslik tegelikkus võib tingida põhiseadusliku võimalikkuse ümberdefineerimist? – *Juridica IV/2018*. Tartu: Juura 2018).

⁵ B. Aaviksoo. Kohtuliku aktivismi kontseptsioon. Kohtulik aktivism Eesti Vabariigi Riigikohtu põhiseaduslikkuse järelevalve praktikas 1993-2004. Magistritöö. Tartu: 2005.

⁶ B. Aaviksoo. Kohtulik aktivism põhiseaduslikkuse järelevalve funktsioonina. Kui aktivistlik on Eesti põhiseaduskohus? *Juridica V/2005*. Tartu: Juura 2005.

⁷ B. Aaviksoo. Riigikohtu aktivism asjassepuutuvuse ja seadusandja otsustusruumi doktriinide valgel: *vingt ans après, dix ans plus tard*. – Kohtute aastaraamat 2016. Tartu: Riigikohus 2016.

nad kompamise kaudu elevanti erinevalt tajusid. Nende kirjeldused sõltusid sellest, millist elevanti kehaosa nad puudutasid. Ka käesoleva töö autor saab magistr töö kirjutamise käigus loetud materjalidele tuginedes selle seisukohaga vaid nõustuda. Erinevatel autoritel on kohtulikust aktivismist väga erinev arusaam ja ka meelestatus. Mõned autorid ongi seetõttu teadlikult vältinud mõiste täpset defineerimist ja piiritlemist ning leiavad, et see, kuidas isik kohtuliku aktivismi mõistet kasutab ja defineerib kõneleb rohkem mõiste kasutajast endast, kui aitab aru saada mõiste olemusest.⁸ Aaviksoo on erinevaid käsitlusi oma magistr töö ka süstematiseerinud ja käsitlenud. Seega ei ole käesoleva töö eesmärgiks kohtuliku aktivismi erinevate käsitluste lugejani toomine, vaid selgitada kohtuliku aktivismi erinevaid tahke, mille alusel hinnata seda, kas kohtuliku aktivismi näha positiivse või negatiivse nähtusena.

Kui käesoleva töö autor magistr töö teemat kolleegidele ja kaastudengitele selgitas, arvasid esmalt paljud, et kohtuliku aktivismi näol on tegemist pelgalt poliitikute seas leviva retoorikavõttega. Arvestades seega praktiseerivate juristide teadmatust mõiste tähenduse kohta, aga ka asjaolu, et kohtuliku aktivismi mõistet kasutatakse üsna laialt ka väljaspool õigusringkonda, ei ole vaatamata Aaviksoo magistr töö põhjalikkusele kohtuliku aktivismi mõiste avamiseta käesoleva töö kirjutamine võimalik. Samuti käsitles Aaviksoo magistr töö kohtuliku aktivismi põhiseaduslikkuse järelevalve menetlusest lähtudes. Seetõttu tutvustab autor põgusalt lugejale ka Caprice L. Roberts kohtuliku aktivismi mõiste käsitlust, kus kohtulik aktivism jaotatakse institutsiooniväliseks, institutsiooniseks ning otsustusprotsessi aktivismiks, võttes arvesse kõikide kohtute praktika.

Samuti nähakse poliitilistes ringkondades kohtulikus aktivismis täna üht peamist põhjust õigussüsteemi reformimiseks.⁹ Muudatuste vajalikkuse hindamisel tuleb hinnata kehtivat olukorda ning leida, kas muudatuste kaudu oleks võimalik olukorda parandada. Seetõttu tuleb nii õigusteadlastel, poliitikutel kui ka tavalistel inimestel kohtuliku aktivismi fenomenist igakülgsest aru saada, et hinnata justiitsvaldkonnas reformide vajalikkust ning olla võimeline arutlema välja pakutud lahenduste sobivuse üle.

Töö eesmärk on analüüsida, kas kohtulik aktivism on nähtus, millest tulenevalt oleks vaja Eesti kohtusüsteemi muuta. Sellest tulenevalt käsitletakse käesolevas töös argumente, millest tulenevalt võib kohtuliku aktivismi pidada ohutuks ning vajalikuks, argumente, millest tulenevalt nähakse kohtuliku aktivismi negatiivse nähtusena ning ettepanekuid, mis on välja

⁸ C. L. Roberts. In Search of Judicial Activism: Dangers in Quantifying the Qualitative. – Tennessee Law Review 2007, Vol. 74. P 577.

⁹ Eesti Konservatiivne Rahvaerakond. Volikogu avaldus: EKRE tahab läbi viia justiitsreformi. 03.06.2018. <https://ekre.ee/volikogu-avaldus-ekre-tahab-labi-viia-justiitsreformi/> (10.04.2019).

käidud kohtuliku aktivismi negatiivsete mõjude vähendamiseks. Kuivõrd muudatustest kõnelejad näevad kohtulikku aktivismi eelkõige kohtute sekkumises võimude lahususse, keskendub ka käesolev töö eelkõige institutsioonivälisele kohtulikule aktivismile, millega kohtus sekkuvad teiste võimuharude töömaale. Töö hüpoteesiks on, et kohtuliku aktivismi mõjud ei ole sellised, mille tõttu Eesti kohtusüsteem vajaks suuremaid reforme.

Käesolev magistritöö koosneb kolmest peatükist. Töö esimeses peatükis selgitatakse kohtuliku aktivismi olemust ehk seda, mida peetakse kohtulikkuks aktivismiks. Esiteks käsitletakse kohtuliku aktivismi mõiste esimesi kasutamisi ning seda, kas need on võinud mõjutada üldsuse arusaama kohtulikust aktivismist. Teiseks selgitatakse, kuidas on kohtulikku aktivismi põhiseaduslikkuse järelevalve kohtute tegevuses käsitlenud Aaviksoo oma magistritöös ning millises kontekstis on viimasel ajal mõistet kasutanud teised Eesti juristid. Viimaks käsitletakse kohtuliku aktivismi käsitlust, millest nähtub, et kohtulik aktivism võib esineda ka tavakohtutes ning kas kohtuliku aktivismi mõiste negatiivne kuvand võib tuleneda eelkõige mõiste subjektiivsusest.

Teine peatükk keskendub kohtuliku aktivismi kui nähtuse ohutusele ja vajalikkusele. Nimelt on laialt arusaam, et kohtulik aktivism on midagi negatiivset, mida tuleb igal juhul kohtutel vältida ning selle mõjusid vähendada. Peatükis uuritakse peamisi argumente, mida nähakse kohtuliku aktivismi õigustusena. Esiteks selgitatakse, kas kohtulik aktivism teenib vaid liberaalse maailmavaate huve, või saab kohtulikku aktivismi rakendada ka konservatiivsete ideede levitamisel. Teiseks uuritakse, kas kohtulikku aktivismi saab pidada ohutuks põhjusel, et kohtutel puuduvad enda otsuste ja kujundatava poliitika elluviimiseks piisavad täitevinstrumendid. Kolmandaks hinnatakse, kas kohtud on oma olemuselt sobivad poliitikakujundajad ning kas juhul, kui seadusandja pole mingil põhjusel õiguslikku regulatsiooni kehtestanud, oleks seda õigustatud tegema kohus. Viimaks hinnatakse, milliseid meetmeid on seadusandjal võimalik kasutada kohtuotsusega loodud regulatsiooni ümbervaatomiseks ning kas sel põhjusel on alust pidada kohtulikku aktivismi ohutuks.

Magistritöö kolmas peatükk keskendub kirjanduses toodud kohtuliku aktivismi negatiivsete külgede avamisele. Esiteks hinnatakse, kuidas on kohtulik aktivism riivab võimude lahususe põhimõtet ning kuidas hinnata kohtuliku aktivismi puhul riive õiguspärasust. Seejärel analüüsitakse, kas enamuspõhimõtte rikkumine iseenesest võib olla piisav, et pidada kohtulikku aktivismi negatiivseks nähtuseks. Kolmandaks hinnatakse, kas kohtutel on piisavalt legitiimsust normiloomeks. Viimaks analüüsitakse seni välja pakutud ettepanekuid kohtuliku aktivismi negatiivsete mõjude vähendamiseks.

Magistritöös on kasutatud peamiselt erinevatest andmebaasidest, nagu näiteks EBSCO Discovery, Hein Online ja Sage Journals, leiduvaid artikleid. Kuivõrd kohtuliku aktivismi mõiste sünnimaaks on Ameerika Ühendriigid (edaspidi USA), siis käsitleb ka suurem osa sel teemal kirjutatud artikleid kohtulikku aktivismi USA-s või on kirjutatud USA-st pärit autorite poolt. Kuivõrd kohtuliku aktivismi näol on tegemist universaalse fenomeniga, siis on artiklite tulemusi võimalik kajastada ka Eesti kontekstis. Samuti on töös kasutatud õiguskirjanduses välja toodud USA Ülemkohtu praktikat, kuivõrd Ülemkohtu 200-aastase praktika jooksul on olnud rohkelt kaasuseid, milles on Ülemkohtule liigset aktivismi ette heidetud. Samuti seostatakse võõrkeelsetes artiklites kajastatud seisukohad Eesti õiguskirjanduses avaldatuga ning Riigikohtu praktikaga.

1. Kohtuliku aktivismi mõiste

1.1. Kohtuliku aktivismi mõiste esmased kasutamised

Arvestades kohtuliku aktivismi olemuse mitmetahulisust, võiks arvata, et mõiste pärineb mõnest suurest ja mahukast õigusteaduslikust teosest või kohtuniku eriarvamusest. Kõlava mõiste „kohtulik aktivism“ (inglise keeles „*judicial activism*“) esmakasutajaks ja loojaks peetakse tegelikult aga ajaloolast ja ühiskonnakriitikut Arthur M. Schlesinger Jr.-it. Esimest korda kasutas ta seda mõistet oma artiklis „The Supreme Court: 1947“, mis ilmus 1947. aasta jaanuaris ajakirjas Fortune. Seega kasutati mõistet esimest korda avalikkusele suunatud ajakirjas ning mitte juuraharidusega inimese poolt. Craig Green on toonud välja, et Schlesinger on teinud kuulsaks kaks fraasi: „*Imperial Presidency*“ ja „*Judicial Activism*“. Kui esimese selgitamiseks kirjutas Schlesinger 500-leheküljelise raamatu, siis teise viskas ta õhku ühes oma 14-leheküljelises artiklis, mida ümbritsesid reklaamid viskist ja lõhnaveest.¹⁰

Oma artiklis Schlesinger kohtulikku aktivismi ei defineerinud, vaid kasutas seda mõistet Ameerika Ühendriikide Ülemkohtu kohtunike iseloomustamiseks. Ta jagas kohtunikud kahte gruppi: „aktivistlikud kohtunikud“ (inglise keeles „*judicial activists*“) ja „enesepiiramise meistrid“ (inglise keeles „*champions of self-restraint*“). Kuivõrd kumbagi mõistet autor oma artiklis ei defineerinud, on jaotuse alusena nähtud isegi kahe Ameerika Ühendriikide ülikooli – Harvardi ja Yale'i – juristide koolkondade vastandumist. Seetõttu on arvatud, et enesepiirajateks olid Schlesingeri ülikoolikaaslastest ülemkohtunikud Harvardi ülikoolist ning aktivistlikud konkureerivast Yale'i ülikoolist.¹¹ Arvestades aga artiklis välja toodud otsuseid, mida Schlesinger kritiseeris, on kohtulikust aktivismist saanud negatiivse varjundiga sõnapaar, iseloomustamaks Ülemkohtu liberaalsemat tiiba.¹²

Pärast Schlesingeri poolt mõiste kasutusele võtmist võis kohtuliku aktivismi mõistet leida artiklites vaid põgusalt ja üksikutes lõikudes. Esimene kohtulikule aktivismile keskendunud artikkel nägi ilmavalgust alles 1955. aastal, kui Edward McWhinney kirjutas artikli „The Supreme Court and the Dilemma of Judicial Policy-Making.“¹³ Artiklis selgitatakse muuhulgas, et teatud küsimustes, nagu näiteks isikute poliitilised õigused, peab kohus olema vaoshoitum ning järgima rangelt seadusandja juhiseid ning leiti, et kohtud ei ole sobivad

¹⁰ C. Green, p 5.

¹¹ Samas, p 7.

¹² Samas, p 10.

¹³ K. D. Kmiec. The Origin and Current Meanings of Judicial Activism. – California Law Review 2004, Vol. 92, Iss. 4. P 1452.

poliitikakujundajad, kuna kohtutel ei ole parimaid teadmisi olemaks ühiskondlike väärtuste kujundajad.¹⁴ Kui Schlesingeri artiklile sai ette heita, et ta kasutas kohtuliku aktivismi mõistet ilma defineerimata, mistõttu võis kohtuliku aktivismi mõiste jääda vaid kõnekäänuks, siis McWhinney artiklit nähakse sobivana algatamaks dialoogi kontseptsiooni olemuse üle.¹⁵ Selle seisukohaga saab nõustuda, kuivõrd kohtute rolli üle poliitika- ja ühiskondlike väärtuste kujundajatena arutletakse õiguskirjanduses ka tänapäeval.

Esimest korda kohtuotsuses kasutati kohtuliku aktivismi mõistet 1959. aastal, kui USA 5. ringkonna apellatsioonikohtus koostas enamuservamuse kohtunik Joseph C. Hutcheson Jr.¹⁶ Kohtuotsusega tühistati madalama astme kohtu otsus, millega mõisteti isik süüdi teise isiku tapmises, põhjusel, et isik mõisteti vandekohtu poolt süüdi ebapiisavatele tõenditele tuginedes ning mitmed olulised menetluslikud puudused võisid mõjutada vandekohtu otsust. Kohtulikus aktivismis ei süüdistata kohtuotsuses aga mitte madalama astme kohut, vaid Ülemkohtu otsuse eriarvamust, milles kritiseeriti Ülemkohtu käsitlust vandekohtu rolli kohta. Kriitika eriarvamusele on avaldatud kohtuotsuse joonealuses viites, kusjuures viite alguses mööndakse selle kriitika ebaolulisust kaasuse kontekstis. Samuti on esimest kohtuliku aktivismi mõiste kasutamist kohtuotsuses peetud ebaõnnestunuks, kuivõrd selles puudus argumenteeritud kriitika eriarvamuse kohta ning see ei aidanud kuidagi kaasa õiguslikule debatile mõiste olemuse üle.¹⁷

Kirjanduses märgitakse, et esimest korda kasutati sõna „aktivism“ Ülemkohtu arvamuses 1967. aastal.¹⁸ Ülemkohtunik Hugo Black esitas kohtuasjas *Ühendriigid v. Wade*¹⁹ eriarvamuse, mille järgi tema hinnangul Ülemkohtunike enamus ei otsustanud kohtuasjas põhiseaduse olemuse üle mitte selle järgi, mida see ütleb, vaid selle järgi, mida Ülemkohus arvab, mida põhiseaduse loojatest oleks olnud tark põhiseadusesse lisada. Ta lisab, et selline käitumine on „kohtulik aktivism selle halvimal kujul“²⁰. Märkimisväärne on, et Schlesinger oli oma artiklis pidanud eriti aktivistlikeks ülemkohtunikku William O. Douglast ja teisena just ülemkohtunikku Hugo Blacki, kes mõiste ise Ülemkohtu arvamustesse tõi. Ka ülemkohtunik Black ei selgitanud

¹⁴ Samas, p 1453.

¹⁵ Samas, p 1454.

¹⁶ Paris Theriot, Appellant, v. Mrs. Wanda Mercer, Appellee, 262 F.2d 754 (5th Cir. 1959).

¹⁷ K. D. Kmiec, p 1458.

¹⁸ R. L. Brown. Activism is Not a Four-Letter Word. – University of Colorado Law Review 2002. Vol. 73. Iss. 4, p 1257.

¹⁹ United States v. Wade, 388 U.S. 218 (1967)

²⁰ Ülemkohtunik H. Black selgitab enda eriarvamuses järgmist: „*Should I do so, I would feel that we are deciding what the Constitution is, not from what it says, but from what we think it would have been wise for the Framers to put in it. That to me would be "judicial activism" at its worst. I would leave the States and Federal Government free to decide their own rules of evidence. That, I believe, is their constitutional prerogative.*“

täpselt, mida ta kohtuliku aktivismi all silmas peab, kuid tema eriarvamusest on näha, et ta heidab Ülemkohtu enamusele ette objektiivsete tõlgendusmeetodite eelistamist subjektiivsetele tõlgendusmeetoditele.²¹ Samas ilmestavad mõlemad eelnevalt toodud näited kohtupraktikast seda, et kohtuliku aktivismi mõistet kasutatakse eelkõige negatiivses tähenduses ja kohtuotsuse kritiseerimiseks ilma mõiste täpsemat sisu avamata.

Võibolla just seetõttu, et kohtuliku aktivismi mõiste esmakasutajad jätsid mõiste kasutamisel täpselt defineerimata ning kasutasid seda peamiselt negatiivse emotsiooni väljendamiseks kohtunike, kohtuotsuse või eriarvamuse suhtes, on mõistet kirjanduses nähtud ka justkui kõikehõlmavat epiteeti iseloomustamaks kohtulahendit, millega mõiste kasutaja ei nõustu.²² Samas on kohtuliku aktivismi mõiste oluline, pidamaks debatti kohtu rolli kohta tänapäeva ühiskonnas laiemalt. Avalikkusele kättesaadavamates allikates, nagu oli Schlesingeri artikkel ajakirjas Fortune aga ka kohtulahendid või eriarvamused, oli pigem kasutatud mõistet pealiskaudselt ning ühekülgset. Just seetõttu võibki inimestele ka väljaspool juristkonda olla tekkinud mulje, nagu on kohtulik aktivism midagi, mida tuleb igal juhul ja määral kohtute poolt vältida.

1.2. Kohtuliku aktivismi mõiste Eestis

Eesti õigekeelsussõnaraamat²³ ei defineeri sõna „aktivism“. Küll aga on õigekeelsussõnaraamatu järgi „ismid“ käsitletavad kui suunad, voolud või koolkonnad. Seega tuleks grammatilisest käsitlusest lähtudes kohtulikku aktivismi käsitleda kui suunda õigusemõistmises. Suunda iseloomustav sõnatüvi „aktivist“ defineeritakse õigekeelsussõnaraamatus kui aktiivi kuuluv isik. Sõna „aktiiv“ defineeritakse kui sõna „passiiv“ vastand ning sõna „passiiv“ kui sõna „aktiiv“ vastand. Seega õigekeelsussõnaraamat mõiste osas tautoloogiline ja pelgalt grammatilisest lähenemisest ei piisa kohtuliku aktivismi mõiste avamiseks.

Kohtulikku aktivismi on Eestis kõige põhjalikumalt käsitlenud Aaviksoo. Oma magistritöös käsitles ja süstematiseeris ta kohtuliku aktivismi erinevaid kontseptsioone ja viise ning selgitas, kuidas erinevad teadlased sellele fenomenile on lähenenud.²⁴ Aaviksoo jagas oma magistritöös

²¹ Objektiivsete ja subjektiivsete tõlgendusmeetodite kohta kohtuliku aktivismi kontekstis vt käesoleva töö ptk 1.3.2.

²² M. W. McConel. Active Liberty: A Progressive Alternative to Textualism and Originalism? Harvard Law Review 2006. Vol. 119, No. 8, p 2399.

²³ T. Erelt jt (koost.). Eesti Õigekeelsussõnaraamat. ÕS 2018. Tallinn: EKSA 2018.

²⁴ B. Aaviksoo (viide 4), lk 5

kohtuliku aktivismi vastavalt konstitutsioonilise õigusemõistmise arengule traditsioonilisteks kontseptsioonideks ning kaasaegseks kontseptsiooniks ja dimensioonideks. Traditsiooniliste kontseptsioonide järgi, mis levisid 1970-datel aastatel, peetakse kohtulikuks aktivismiks poliitikakujundajate otsuste mitteaktsepteerimist ning kohtu traditsioonilistest funktsioonidest väljumist. Magistritöös selgitatakse, et kui defineerida kohtulikku aktivismi kui seadusandja või muu poliitikakujundaja tahte vastuastumist või kohtu väljumist oma traditsiooniliselt mõistetud funktsioonidest, on kõik tänapäeva konstitutsioonikohtud aktivistlikud.²⁵ Kohtute ülesandeks oli traditsiooniliste käsitluste järgi seaduse rakendamine, mille käigus kohtute tõlgendamisruum oli kitsas. Tänapäeval on aga kirjanduses lepitud kohtute laiemate pädevustega ning „kohtute poliitikakujundamisesse suhtutakse vähem valulikult.“²⁶

Kaasaegse kohtuliku aktivismi mõistet seob Aaviksoo ajaga, mil toimus realistliku lähenemise levik õigusesse. Sellega kaasnes idee, mille järgi konstitutsioon areneb koos ühiskonnaga, mistõttu tuleb konstitutsiooni tõlgendada vastavalt kaasaegsetele väärtustele. Põhiseaduse kommenteeritud väljaande järgi on põhimõtte omaks võetud ka Eesti Vabariigi põhiseaduse²⁷ §-s 10, mis väljendab põhiõiguste avatust ja arenguklauslit, mille järgi põhiõiguste kaitsealad kujunevad välja tõlgenduslikult ning aja jooksul on võimalik tõlgendust muuta.²⁸ Realistliku lähenemise levikuga jõudis õigusse tõlgendamismeetodina „teleoloogiliste argumentide abstraktseim tase“ ehk praktilised argumendid²⁹, millega konstitutsioonilise õigusemõistmise seost õigusloomega kahtluse alla enam ei seatud. Eeltoodud arengutest tulenevalt ei ole kaasaegses lähenemises küsimuse all kohtuliku aktivismi kui sellise olemasolu, vaid kohtuliku aktivismi määr ehk see, kui kaugele võivad kohtud isikute õiguste kaitsel ja põhiseaduslike printsiipide rakendamisel liikuda.³⁰ Kohtuliku aktivismi määra kriteeriumid pärinevad Aaviksoo magistritöös Bradley. C. Canoni käsitlusest.

Kohtuliku aktivismi kaasaegse kontseptsiooni järgi saab kohtulikku aktivismi näha enamuspõhimõtte rikkumises, protseduuriliste piirangute eiramises ning poliitikasse sekkumises. Enamuspõhimõtte rikkumise kontrollimisel tehakse kohtuliku aktivismi määr kindlaks seeläbi, et hinnatakse põhiseadusvastaseks tunnistatud akti vastu võtnud isiku või kogu legitiimsusastet. Mida kaugemal astmel on kohtuliku aktivismiga kõrvale jäetud akti vastu

²⁵ Samas, lk 36

²⁶ Samas, lk 17.

²⁷ Eesti Vabariigi põhiseadus. – RT I, 15.05.2015, 2.

²⁸ M. Ernits. Põhiseaduse § 10 kommentaar, komm 2. – Ü. Madise jt (toim.) Eesti Vabariigi põhiseadus. Komm vlj. 4. täiend. vlj. Tallinn: Juura 2017.

²⁹ B. Aaviksoo (viide 4), lk 36.

³⁰ Samas, lk 38.

võtnud isik või kogu rahvast, seda väiksem on kohtuliku aktivismi määr.³¹ Protseduuriliste piirangute eesmärgiks põhiseaduslikkuse järelevalve menetluse reguleerimisel on, et kohus viiks läbi kohast menetlust. Kohtuliku aktivismi määr sõltub sellest, kas kohus väljub realselt isikute vahel toimuvast vaidlusest (tegeliku vaidluse doktriin) ning kas kohtusse pöördunud isikul esineb isiklik huvi kohtu ette toodud vaidluse lahendamiseks (kaebeõiguse doktriin, mille eesmärgiks on vältida kohtu poolt abstraktsete vaidluste lahendamist).³²

Aaviksoo näeb kohtute poliitikasse sekkumises kõige keerulisemat kriteeriumit, mille alusel hinnata konkreetse kohtuotsuse aktivistlikkuse üle.³³ Kohtuotsuse aktivistlikkuse määr sõltub selles dimensioonis esiteks sellest, millist liiki poliitikat kohus puudutab. Poliitilisi otsustusprotsesse puudutavad kohtuotsused on vähem aktivistlikud, kuivõrd demokraatlikke protsesse puudutavaid küsimusi ei saa usaldada üksnes parlamendile. Majanduspoliitikat, isikute eraelu või moraalseid või religioosseid väärtusi puudutavad kohtuotsused on enam aktivistlikud, kuivõrd komplekssete küsimuste üle otsustamiseks ei ole kohtul piisavalt vahendeid ega ettevalmistust ning väiksemgi muutus nendes valdkondades võib kaasa tuua ootamatud tagajärjed.³⁴ Teisteks aktivismi määra hindamiskriteeriumiteks on poliitika üksikasjalikkus ning alternatiivse poliitikakujundaja olemasolu.

Eesti õiguskirjanduses on Varro Vooglaid oma artiklis, milles käsitleb konkreetset kohtulahendit kohtuliku aktivismi kontekstis, defineerinud kohtulikku aktivismi kui „kohtute tegevust, millega sekkutakse poliitilistesse küsimustesse niisuguste otsuste langetamisega, mis eiravad kehtivat õigust ja selle allikaks olevat seadusandja tahet ning on suunatud kehtiva õiguse ümberkujundamisele“.³⁵ Sellise definitsiooniga viitab Vooglaid justkui kohtuliku aktivismi traditsioonilisele kontseptsioonile ehk sellele, nagu oleks kohus otsust tehes väljunud oma traditsioonilisest võimupiirkonnast ning mitte aktsepteerinud poliitikakujundajate otsust.

Vooglaidi artiklile on põgusalt vastanud oma artiklis Eerik Kergandberg. Ta kritiseerib Vooglaidi käsitlust osas, milles see „ignoreerib [...] täiesti otsekohaselt ja metodoloogiliselt seisukohtade mitmekesisust ja sellega ka tegelikkust.“³⁶ Seejärel viitab ta laiemalt levinud seisukohale, mille järgi on kohtutel välja kujunenud „oma koht poliitikakujundajate rivis“ ning et seaduse seletuskiri on vaid üheks allikaks, mille alusel seadusandja tahet kindlaks teha, viidates ka vajadusele hinnata seaduse vastuvõtmise aega ning seaduse vastuvõtmisest alates

³¹ Samas, lk 39.

³² Samas, lk 40-43.

³³ Samas, lk 46.

³⁴ Samas, lk 54-55.

³⁵ V. Vooglaid, lk 69.

³⁶ E. Kergandberg, lk 277.

toimunud olude muutumist.³⁷ Kuigi Kergandberg ei defineeri kohtulikku aktivismi, kuivõrd see ei olnud ka tema artikli eesmärk, saab öelda, et Kergandbergi hinnangul on kohtuliku aktivismi mõiste laiem, kui kohtutepoolne poliitikassekkumine ning et kohtulikku aktivismi ei saa iseenesest pidada negatiivseks nähtuseks. Viimaks laiendab ta Aaviksoo lähenemist, kui leiab, et kohtulik aktivism ei ilmne üksnes põhiseaduslikkuse järelevalve kohtumenetluses, vaid ka tavakohtuliku aktivismina. Sellega viitab ta esialgu eelkõige Riigikohtu tsiviil-, haldus- ja kriminaalkolleegiumile, kuid PS § 4 sõnastusele viidates laiendab ta tavakohtuliku aktivismi mõistet kõigile kohtutele üldiselt, kuivõrd võimude lahusus ja tasakaalustatuse põhimõtte osaks on kohtud üldiselt.³⁸

Kohtulikust aktivismist on pidanud Riigikogu kõnepuldis rääkima ka Riigikohtu esimees oma ettekandes Riigikogule aga ka Riigikohtunike kandidaadid. Näiteks on riigikohtunik Ivo Pilving enda ametisse nimetamise eelnõu arutamisel vastanud küsimusele Riigikogu ja Riigikohtu tegevuse vahekorra kohta ning selgitanud, et kohtu võimalused parlamendi töösse sekkumisse peavad olema piiratud ning see seisneb eelkõige põhiseaduslikkuse järelevalve menetluses. Ta lisab, et põhiseaduslikkuse järelevalves eristatakse teatud erinevaid stiile, mida nimetatakse aktivismi ja kohtuliku vaoshoituse skaala eri otsteks. Pilving selgitas, et Riigikohus põhiseaduslikkuse järelevalve kohtuna aga ka madalama astme kohtud järelevalve algatajana on jäänud nimetatud skaalal keskele. Pilving näeb, et võimude lahususe ja tasakaalu mõjutab ka kohtutepoolne õigusnormide tõlgendamine, mis peab lähtuma õigusteaduses ja -praktikas välja kujunenud reeglitest.³⁹

Riigikohtunik Heiki Loot on oma ametisse nimetamise eelnõu arutamisel selgitanud, et kohtumistel Riigikogu fraktsioonidega puudutati ka kohtuliku aktivismi küsimust ehk „kas kohtud on omastanud seadusandjale kuuluva otsustusõiguse“.⁴⁰ Loot selgitas, et seaduste vastuvõtmine on küll rahva valitud Riigikogu pädevuses, kuid kohtul on kohustus lahendada ka juhtumid, kus seadus ei ole küsimust reguleerinud või on ebaselge. Samuti viitab ta Riigikohtu võimalusele tunnistada kehtetuks põhiseadusega vastuolus olev õigusakt. Seega saab öelda, et

³⁷ Samas.

³⁸ E. Kergandberg kasutab mõistet „tavakohtulik“ tähistamaks Riigikohtu haldus-, kriminaal- ja tsiviilkolleegiumi tööd, st. Riigikohtu menetlusi, mis ei ole põhiseaduslikkuse järelevalve menetlus.

³⁹ Riigikogu otsuse "Ivo Pilvingu Riigikohtu liikme ametisse nimetamine" eelnõu (899 OE) esimene lugemine. XI Riigikogu stenogramm. IX istungjärk. Teisipäev, 18. jaanuar 2011, kell 10:00. Arvutivõrgus: <http://stenogrammid.riigikogu.ee/et/201101181000#PKP-7839>

⁴⁰ Riigikogu otsuse "Heiki Loodi Riigikohtu liikmeks nimetamine" eelnõu (668 OE) esimene lugemine. XIII Riigikogu stenogramm. VIII istungjärk. Neljapäev, 20. september 2018, kell 10:00. Arvutivõrgus: <http://stenogrammid.riigikogu.ee/et/201809201000#PKP-23209>

Loot viitas oma kõnes sarnaselt Pilvingule kohtute vahenditele, mille kaudu kohtuliku aktivismini jõutakse – nendeks on tõlgendamine ja põhiseaduslikkuse järelevalve menetlus.

Priit Pikamäe on Riigikohtu esimehena Riigikogule ettekannet pidades vastanud samuti Riigikogu liikme küsimusele kohtute aktiviteedi ja selle proportsiooni kohta kohtupraktikas. Esiteks nähtub Pikamäe vastusest, et tema hinnangul on Eesti kohtud konservatiivsed ning selgitab täiendavalt küsijale, et kohtuliku aktivismi mõiste on õigusteaduses vaieldav. Seejärel leiab ta, et kohtuliku aktivismi all peetakse üldiselt silmas kohtute poolt seisukoha võtmist küsimuses, mida pooled ei ole kohtu ette toonud, lahendamist midagi väljaspool vaidluse piire ning juhtumeid, kui kohus ütleb rohkem, kui konkreetne kohtuasi nõuab. Sellega viitab ta kohtuliku aktivismi protseduurilisele küljele. Seejärel selgitab Pikamäe, et mida täpsem on õigusnorm, seda väiksem on kohtu kaalutusõigus ja võimalus õigusnormi tõlgendada, millega viitab ka Pikamäe tõlgendamisele kui ühele kohtu vahendile aktivismini jõudmiseks.

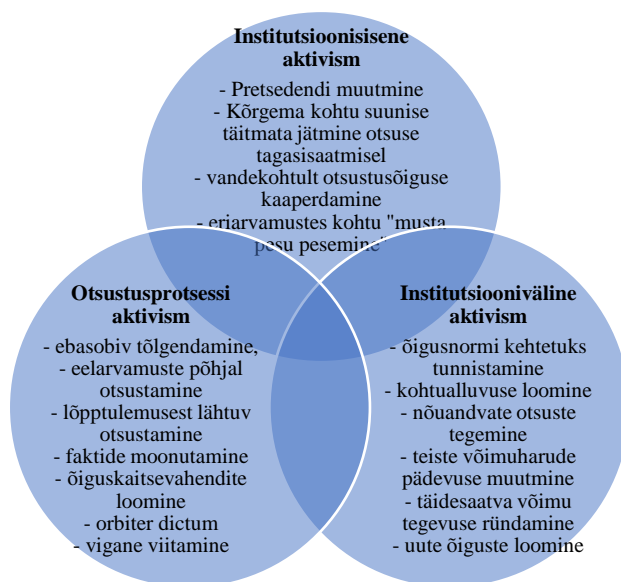
Eeltoodust tulenevalt nähtub, et põhjalikumalt ja süsteemsemalt on kohtuliku aktivismi mõistet käsitletud Aaviksoo oma magistritöös. See on ka arvestades teiste toodud näidete mahtu ja konteksti arvestades mõistetav. Samas on nähtud, et tema käsitus keskendub kohtuliku aktivismi mõistele põhiseaduslikkuse järelevalve menetluse raames, kuid kohtulikku aktivismi saab näha ka tavakohtute töös. Kohtuliku aktivismi mõistest arusaamise olulisust Eesti õigusteadlaste seas ilmestab ka see, et kohtulikku aktivismi on puudutatud sagedasti ka Riigikohtunike ametissenimetamise protseduuri käigus aga ka ettekannete käigus Riigikogu kõnepuldis. Samas on Riigikohtunikud oma sõnavõttudes küll viidanud kohtuliku aktivismi mõiste mitmekesisusele, kuid tihti peale selgitatakse seejärel kohtuliku aktivismi vaid ühte külge. Käesoleva töö autori hinnangul peaks aga juristkond avalikkusele suunatud sõnavõttudes kohtulikust aktivismist rääkides selgitama selle kontseptsiooni erinevaid tahke ja tegema seda põhjalikumalt. Vastasel korral võime sarnaselt USA-ga seista silmitsi eelpool kirjeldatud olukorraga, kus kohtuliku aktivismi mõistet kasutatakse kirjeldamiseks kohtulahendeid, millega selle lugeja ei nõustu.

1.3. Kohtuliku aktivismi subjektiivsus

1.3.1. Subjektiivsus institutsioonivälises aktivismis

Lähtuvalt sellest, millist otsustamise aluseks olevat piirangut kohus ületab, on Caprice L. Roberts kohtuliku aktivismi jaganud institutsiooniväliseks aktivismiks, otsustusprotsessi aktivismiks ning institutsioonisiseseks aktivismiks.⁴¹ Tegemist on universaalse lähenemisega kohtulikule aktivismile, kuivõrd hõlmab lisaks põhiseaduslikkuse järelevalve kohtute praktikale ka kõigi teiste kohtuastmete praktika.

Institutsioonivälise aktivismi puhul astub kohus teiste võimuharude töömaale. See toimub kõige selgemalt õigustloovate aktide tühistamise kaudu. Põhiseaduslikkuse järelevalve käigus sekkutakse kõige otsesemalt õigustloova akti välja andnud institutsiooni väljendatud poliitikasse ja seeläbi teiste võimuharude töömaale. Põhiseaduslikkuse järelevalve kohtuotsuste tulemusel on töömaale sekkumine ja selle mõju kõige ilmsem, kuid tegemist ei ole ainsa viisiga, kuidas kohtud teiste võimuharude töösse sekkuvad. Nimelt võib ka institutsioonisisel aktivismil ja otsustusprotsessi aktivismil olla mõju, millega kohtuotsusel on puutumus mõne teise võimuharu ülesannetega. Seda, kuidas üks kohtuotsus võib olla kas vaid ühe või ka mitme kohtuliku aktivismi liigi osaks, kirjeldab Caprice L. Roberts'i loodud Venni diagramm.



Joonis 1. Venni diagramm kohtuvõimu piirangute kohta.⁴²

⁴¹ C. L. Roberts, p 573.

⁴² C. L. Roberts, p 621.

Nagu Jooniselt 1 nähtub, on institutsioonivälise aktivismi teiste osadena kirjeldatud kohtualluvuse loomist või sellest kõrvale hoidumist, teistele institutsioonidele nõuandvate otsuste tegemist, võimuharude pädevuse muutmist, täidesaatva võimu akti kehtetuks tunnistamist ning uute õiguste loomist.⁴³

Just teiste võimuharude ülesannete täitmise ilmselguse tõttu peetakse aga põhiseaduslikkuse järelevalve menetlust üheks kohtuliku aktivismi levimise peamiseks süüdlaseks. Paradoksaalsel kombel tuleb tunnistada aga, et põhiseaduslikkuse järelevalve menetlus sai alguse just kohtuliku aktivismi tulemusel. Nimelt peetakse põhiseaduslikkuse järelevalve alguseks USA ülemkohtu lahendit *Marbury vs. Madison*⁴⁴. Otsuses selgitas Ülemkohus, et põhiseaduse ja tavaseaduse vastuolu korral prevaleerib põhiseadus ning kuulutas esimest korda USA ajaloos kongressi välja antud seaduse põhiseadusega vastuolus olevaks ning tühiseks. Õiguse seaduste tühisuse üle otsustada tuletas Ülemkohus põhiseaduse mõttest – sõnaselget volitust konstitutsioon kohtuliku järelevalve teostamiseks ei sisaldanud. Seega saab öelda, et tegemist oli institutsioonivälise aktivismi alaliigi ehk pädevuse loomisega. Eestis põhiseaduslikkuse järelevalve pädevuse andmisel kohtuvõimule küsimust tekkida ei saa, kuna Riigikohtule antud volitus selleks sisaldub rahva poolt heaks kiidetud põhiseaduses *expressis verbis*.

Kohtute põhiseaduslikkuse järelevalve statistikale toetudes on püütud kohtulikku aktivismi ka empiiriliselt uurida ja riikide vahel võrrelda. Näiteks on töid, kus kohtuliku aktivismi määr leitakse protsendina kõigist põhiseaduslikkuse järelevalve kohtu ette jõudnud asjadest selle kaudu, kui paljudes asjades kohus tema ette toodud kaasustes õigustloova akti kehtetuks tunnistab.⁴⁵ Esiteks tuleb nõustuda Aaviksooga, kelle hinnangul on selline lähenemine problemaatiline. Ta toob välja, et selline lähenemine ei pruugi arvestada kohtute töö eripäradega.⁴⁶ Lisaks saab välja tuua, et selline lähenemine peab aktivistlikuks igat põhiseaduslikkuse järelevalve kohtuotsust, millega õigustloov akt tühistatakse. See lähenemine ei ole kooskõlas kaasaegsete kohtuliku aktivismi kontseptsioonidega, kuivõrd ei arvesta kohtuliku aktivismi määraga. Samuti loetakse sellisel juhul aktivistlikuks kohtuotsused, millega tunnistatakse põhiseadusvastaseks olukord, mille põhiseadusvastasuses kellelgi kahtlust ei ole.

⁴³ C. L. Roberts, p 621.

⁴⁴ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

⁴⁵ B. Aaviksoo (viide 4), lk 14.

⁴⁶ Samas. Aaviksoo toob välja, et sellist statistikat on Eesti kontekstis võinud mõjutada näiteks õiguskorra noorus ja ebatäielik seadusandlus, kuid Riigikohtu ette jõudnud põhiseaduslikkuse järelevalve asjade hulka on mõnel aastal mõjutanud ka ühetaoliste küsimuste lahendamise vajadus näiteks riigilõivude asjades.

Põhiseaduslikkuse järelevalve kohtu otsuseid, mis õigustloova akti kehtetuks tunnistavad, on nimetatud ka negatiivseks seadusloomeks ehk nõ „miinusmärgiliseks kohtumõistmiseks“.⁴⁷ Sellest tulenevalt nimetatakse positiivseks seadusloomeks seda, kui põhiseaduslikkuse järelevalve kohus otsustab seadusandja tegevusetuse põhiseadusvastasuse üle ja teeb kohustuslikuks mingi kindla poliitika, andes seadusandjale ette ainuvõimalikud käitumisjuhised.⁴⁸ Laiema käsitluse järgi on positiivne seadusloome parlamendi poolt läbi viidav seadusandlik protsess. Kohtulikku aktivismi nähakse seejuures olukorras, kui kohtud tegelevad positiivse seadusloomega, millesse kohtud võimude lahususe seisukohalt sekkuda ei tohiks.⁴⁹

Laiemas mõttes tegelevad kohtud positiivse seadusloomega siis, kui nad loovad uue õigusliku regulatsiooni korraldades ümber teiste seadusloojate loodud regulatsioone.⁵⁰ Samas ei toimu regulatsiooni loomine mitte üksnes juhul, kui kohus tuvastab põhiseadusvastase olukorra õigustloova akti välja andmata jätmisel, vaid ka kohtu poolt õigustloovate aktide tühistamise kaudu. Nimelt leitakse, et süsteemist ühe normi kõrvaldamine muudab paratamatult kogu õigusnormide süsteemi omavahelist suhet ja seeläbi tekib uus õiguslik regulatsioon. Seega ei ole küsimus mitte selles, kas põhiseaduskohtute otsuste näol on tegemist positiivse seadusloomega, vaid kui suures ulatuses on tegemist positiivse seadusloomega.⁵¹

Kirjanduses püütakse sageli institutsioonivälise aktivismi piiridena tuua välja erinevad poliitikad, millesse kohtud sekkuda ei tohiks. Seda on teinud ka Riigikohus, tuues välja, et seadusandja otsustada peaks olema karistumäärad ja karistuspoliitika⁵², kas ja millistel tingimustel kompenseerida või tagastada 1941. aastal Saksamaale ümberasunutele nendelt õigusvastaselt võõrandatud vara⁵³, sotsiaalpoliitika ning tervishoiukindlustussüsteemi kujundamine⁵⁴, majandus- ja sotsiaalpoliitika⁵⁵, eelarvepoliitika⁵⁶. Selline poliitikavaldkondade

⁴⁷ Riigikohtu vastused Euroopa Konstitutsioonikohtute XIV konverentsi küsimustikule „Seadusandliku tegematajätmise probleemid põhiseaduslikkuse järelevalves.“ Lk 3. – Arvutivõrgus: https://www.riigikohus.ee/sites/default/files/elfinder/analyyisid/2008/seadusandliku_tegematajätmise_probleemid_psjv-s.pdf (15.04.2019).

⁴⁸ Samas.

⁴⁹ B. Bugarc. Courts as Policy-Makers: Lessons from Transition. – Harvard International Law Journal 2001. Vol 42, No 1, p 257.

⁵⁰ L. P. Claus, R. S. Kay. Constitutional Courts as "Positive Legislators" in the United States. – The American Journal of Comparative Law. Vol. 58. Oxford: Oxford University Press 2010, p 481

⁵¹ Samas.

⁵² RKPJKo nr 3-4-1-9-03, p 21.

⁵³ RKPJKo nr 3-4-1-5-02, p 37.

⁵⁴ RKHKo nr 3-3-1-65-03, p 14.

⁵⁵ RKPJKo nr 3-4-1-7-03, p 15.

⁵⁶ RKPJKo nr 5-17-43/12, p 44.

kaupa otsuste liigitamine on juba iseenesest subjektiivne, kuna kohtuotsusel võib olla mõju mitmes erinevas poliitikavaldkonnas.⁵⁷

Samuti ei tähenda valdkondade väljatoomine Riigikohtu poolt, et seadusandjal saab olla neis valdkondades piiramatult pädevus, vaid jätkuvalt tuleb arvestada ka isikute põhiõigustega, mida poliitika riivata võib. Just seetõttu saab kohus sotsiaalpoliitikasse sekkuda, näiteks hinnates antava sotsiaalabi piisavust.⁵⁸ Sellega sekkub kohus paratamatult seadusandja samuti laias otsustusruumis olevasse eelarvepoliitikasse, kuivõrd paratamatult toimub otsusega vähemalt osaliselt avalike vahendite ümberpaigutamine. See, kui suures osas on sekkumine lubatav, on aga subjektiivne küsimus.⁵⁹ Viimaks ei saa jätta tähelepanuta, et kaaludes erinevaid põhiseaduses sätestatud printsiipe, tuleb kohtul lõppastmes pidada ühte printsiipi kaalukamaks kui teist. Selline otsustus on paratamatult mõjutatud otsustaja subjektiivselt arusaamast väärtustest ja moraalist, mistõttu otsustaja arusaam printsiibi kaalukusest konkreetsel juhul võib erineda samadest algandmetest lähtuva teise otsustaja arusaamast.⁶⁰

Seega jõuame paratamatult tõdemuseni, et kohtuotsustel on paratamatult mõju õiguskorrale ning teiste institutsioonide loodud poliitikale. Millistesse poliitikatesse kohtud sekkuda ei tohiks ning milline on poliitikamuutuse määr, mis võiks olla kohtute puhul lubatav, on subjektiivsed kategooriad. Seetõttu tuleb nõustuda Caprice L. Robertsiga, kelle arvates on küll lihtsam nõustuda empiiriliste uuringute tulemusel saadavate konkreetsete näitajate ja numbritega, kui leida konsensus selles, milline peaks olema kohtu roll ja milliseid tõlgendusi põhiseadusele anda, kuid kvalitatiivsetel lähenemistel on oht mööda minna kohtuliku aktivismi mõiste tegelikust tähendusest ehk sellest, milline peaks olema kohtu roll ühiskonnas.⁶¹

1.3.2. Subjektiivsus otsustusprotsessi aktivismis

Otsustusprotsessi aktivismi nähakse selles, kui kohus kaldub kõrvale otsuse tegemisega seotud reeglitest. Otsustusprotsessi aktivismi nähakse eelkõige õigusnormide tõlgendamises, loogilise lähenemise puudumises, vigases analüüsis, loomingulises õiguskaitsevahendite loomises, ebakohastele allikatele tuginemises, eelarvamuse järgi otsuse tegemises, lõpptulemusest

⁵⁷ B. Aaviksoo (viide 6), lk 66.

⁵⁸ RKPJVKo nr 3-4-1-7-03, p 15.

⁵⁹ B. Aaviksoo (viide 6), lk 66.

⁶⁰ J. Jäätma. Kas õigusemõistmine on üksnes õiguse mõistmine? – Juridica II/2016. Tartu: Juura 2016, lk 84.

⁶¹ C. L. Roberts, p 572.

lähtuvas õigusemõistmises, ühiskonnas suurema mõju saavutamises, ideoloogiast juhitud otsuste tegemises, *obiter dictum* lahendite tegemises.⁶²

Kohtuliku aktivismi teise peamise süüdlasena tuuakse õiguskirjanduses välja õigusnormide tõlgendamine. Nimelt on kohtulikku aktivismi defineeritud kui kohtunikupoolset poliitikakujundamist seaduse tõlgendamise ja rakendamise varjus.⁶³ Kui põhiseaduslikkuse järelevalve kohtuotsust peetakse aktivistlikuks tulenevalt selle tulemusest ehk mõjust poliitikale, siis tõlgendamine on meetod, kuidas konkreetsel juhul kohus on teatud poliitikani jõudnud. Seega saab kohtulikule aktivismile läheneda nii kohtuotsuse tulemuse kui ka kohtu oskuse kaudu kasutada enda „tööriistu“ selle otsuseni jõudmisel.⁶⁴

Tõlgendamises saab eristada lähtuvalt eesmärgist subjektiivset ja objektiivset teooriat. Esimese eesmärk on välja selgitada seadusandja tahe, teise puhul on eesmärk seaduse mõistliku, õiglase ja õige sisu kindlakstegemine.⁶⁵ Demokraatia ning võimude lahususe ja tasakaalustatuse põhimõtteid aitavad paremini tagada subjektiivne teooria, kuivõrd Riigikogu on rahva poolt vahetult legitimeeritud ning kohtu ülesandeks on kohaldada Riigikogu poolt vastu võetud seaduseid.⁶⁶ Kohtulikku aktivismi nähaksegi eelkõige objektiivsetes tõlgendusargumentides, mille kaudu kohtud kalduvad kõrvale seaduse tekstist või seadusandja tegelikust tahtest, mida saab kategoriseerida subjektiivsete tõlgendusargumentidena.⁶⁷ Kahtlemata võib seeläbi tõlgendamisel olla mõju ka õigustloova akti kaudu väljendatavale poliitikale ning seeläbi riivatakse võimude lahususe põhimõtet. Sellistes kohtuotsustes saab samaaegselt näha nii institutsioonivälist kui otsustusprotsessi aktivismi. Tõlgendamise mõju poliitikale võib avalduda kõigis kohtulahendites, nii põhiseaduslikkuse järelevalve asjades kui ka tavamenetluses ning madalamate kohtute praktikas. Seetõttu ei ole kohtulik aktivism vaid kõrgemate kohtute pärusmaa.

Kohtul on võimalik õigusnormi tõlgendada siis, kui seaduse tekstis esinevad erinevad tõlgendusvõimalused ehk sättele on jäetud tõlgendamisruum.⁶⁸ See võib väljenduda määratlemata õigusmõistete kasutamisega õigusnormis, millega delegeeritakse normi täpsustamise õigus seaduse rakendajale, samuti sätte teksti mitmetähenduslikkuses, ebatäpsuses

⁶² Samas, p 591.

⁶³ L. H. Silberman. Will Lawyering Strangle Democratic Capitalism? A Retrospective. – Harvard Journal of Law & Public Policy 1998, Vol. 21, Iss. 2, p 618.

⁶⁴ K. D. Kmiec, p 1473.

⁶⁵ M. Ernits. Tõlgemisest Riigikohtu praktikas. – Juridica IX/2010. Tartu: Juura 2010, lk 667.

⁶⁶ Samas.

⁶⁷ W. P. Marshall. Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism. – University of Colorado Law Review 2002, Vol. 73, Iss. 4, p 113.

⁶⁸ M. Ernits (viide 62), lk 668.

või jättes normi väärtushinnangute kaalumise võimaluse.⁶⁹ Seetõttu saab öelda, et kohtu õigus tõlgendamise kaudu poliitikasse sekkuda tuleneb seadusandja tegevusest või tegevusetusest, jättes sättele tõlgendamisruumi.⁷⁰

Sageli on aga kohtud ja kohtuotsuse kriitikud erineval meelel selles, kas sättele on üldse tõlgendamisruum jäetud või mitte. Kui leida, et sättele on jäetud tõlgendamisruum, tuleb otsustada, milliseid tõlgendusmeetodit näha primaarsena.⁷¹ Kui sobiv tõlgendamismeetod on leitud, tuleb otsustada, kas tõlgendamismeetodi kasutamine viib ühele või teisele järeldusele. Kuivõrd tõlgendamine ei ole mehaaniline protsess, sõltuvad otsustused paratamatult konkreetsest kohtunikust ning sellest, kuidas ta õigust sisustab. Eriti teravalt võivad vastuolud tekkida juhul, kui kohus kasutab tõlgendusmeetodeid, mille aluseks on väärtushinnangud.⁷² Sellest tulenevalt on ka tõlgendamise kaudu toimuva kohtuliku aktivismi mõõtmine keeruline, kui mitte öelda võimatu.

1.3.3. Subjektiivsus institutsiooniseses aktivismis

Institutsioonisesene aktivism väljendub selles, kui kohus ületab piire, mis tulenevad kohtuvõimu seest. Eelkõige on tegemist pretsedendist kõrvalekaldumiste juhtumitega. Tegemist võib olla vertikaalse kõrvalekaldega, kui madalama astme kohus eirab kõrgema kohtuastme pretsedenti. Horisontaalseks kõrvalekaldeks loetakse olukordi, kus sama taseme kohus muudab mingis küsimuses oma praktikat. Institutsioonisesese aktivismina on nähtud ka vandekohtult otsustamise õiguse kaaperdamist, kõrgema kohtu suunise täitmata jätmist otsuse tagasisaatmisel, eriarvamuste kaudu „kohtute musta pesu pesemist“, kuid põhirõhk on siiski sellel, mil määral kohus „austab“ pretsedenti.⁷³

Kohus võib oma praktikat muuta üsna selgesõnaliselt.⁷⁴ Sellisel juhul võib kohtuliku aktivismi mõõtmine tunduda üsna hõlbus. Keeruliseks teeb aga institutsioonisesese aktivismi mõõtmise

⁶⁹ Samas.

⁷⁰ C. L. Roberts, p 584.

⁷¹ M. Ernits (viide 62), lk 667-668. Vt ka V. Vooglaid, lk 70. Vooglaidi hinnangul on kohus eiranud kehtivat õigust, kui on jätnud arvestamata seaduse seletuskirjas sätestatuga, samas kui kohtuotsuses viidatakse õiguskirjanduses esitatud seisukohale, nagu ei tuleks seletuskirjast lähtuda põhjusel, et see ei arvesta ühiskonnas tekkinud muutusi. Seega on kaasuses küsimus selles, millist tõlgendusmeetodit tuleks pidada käesoleval juhul primaarseks.

⁷² M. Ernits (viide 62). Lk 685.

⁷³ C. L. Roberts, p 589.

⁷⁴ Nt RKEKm nr 2-17-12525/53, p-s 17.2 on Riigikohus selgitanud praktika muutust järgmiselt: „Seetõttu tuleb muuta Riigikohtu varasemat seisukohta, mille järgi on maksuvõla sundtäitmise aegumise katkemise aluse äralangemiseks varasema MKS § 132 lg 5 järgi MKS § 132 lg 4 p 4 kontekstis täitemenetluse lõpetamine.“

asjaolu, et kohus enamasti enda lahenduskäiku varasema praktikaga otseselt ei võrdle ning seega võib praktika muutus olla vaevumärgatav. Kohus saab samuti konkreetse pretsedendi mõju oma otsusega kas oluliselt vähendada või pretsedenti täiendada ja edasi arendada, rakendades seda uues õigusvaldkonnas või andes varasemale pretsedendile täpsema tõlgenduse.⁷⁵ Seda, mil määral on pretsedendi mõju muutunud või millist liiki õigusvaldkondades saab pretsedenti täpselt rakendada, ei ole võimalik objektiivselt hinnata.

Samuti leitakse, et aktivismi määr sõltub pretsedendist kõrvalekaldumisel sellest, kui suurt mõju pretsedent juba õiguskorras omab – see võib omakorda sõltuda sellest, kui kaua on pretsedendi loomisest möödunud ning kuidas on pretsedent teiste institutsioonide poolt vastu võetud.⁷⁶ Millisel hetkel omab pretsedent sellise kaalu, kus selle ümbervaatamises või kõrvalekaldest nähakse olulist rikkumist, ei ole võimalik objektiivselt hinnata. Seega on ka pretsedendist kõrvalekaldumine subjektiivne kategooria.

Eeltoodust tulenevalt nähtub, et iga kohtuliku aktivismi külg on subjektiivne. Üks isik võib paratamatult näha kohtuotsuses temale subjektiivselt lubamatut ja ebasobilikku kohtulikku aktivismi, kui teine võib näha sama kohtuotsust kohtuliku aktivismi mõttes igati mõõdukana. Kohtuliku aktivismi subjektiivsuse tõttu tuleb olla skeptiline uuringute suhtes, mis püüavad erinevate kohtute või kohtuotsuste kohtuliku aktivismi taset objektiivselt mõõta ning omavahel võrrelda. Kohtuliku aktivismi subjektiivsusest hoolimata ei ole aga kohtuotsuste ja nende mõjude üle arutamine mõttetu.

Järgnevalt käsitletakse magistritöös kohtuliku aktivismi külgi, mida saab kohtuliku aktivismi headuse või halbuse üle otsustamisel arvesse võtta. Käesoleva töö eesmärgist lähtudes keskendutakse peamiselt kohtuliku institutsioonivälisele kohtulikule aktivismile. Samuti käsitletakse mõningaid juhtumeid, kus institutsiooniväline aktivism puutub kokku mõne teise kohtuliku aktivismi liigiga.

⁷⁵ B. C. Canon. Defining the Dimensions of Judicial Activism. – *Judicature* 1983. Vol 66, No. 6, p 241-242.

⁷⁶ C. L. Roberts, p 591.

2. Kohtulik aktivism ohutu ja positiivse nähtusena

2.1. Kohtulik aktivism nii liberaalsete kui konservatiivsete väärtuste kaitsjana

Bradley C. Canoni sõnul on probleem kohtuliku aktivismi diskursuses selles, et suur osa arutelust on vähemalt kaudselt ideoloogiline.⁷⁷ Nimelt seostatakse kohtulikku aktivismi tihti poliitilise liberalismiga ehk isikuvabadustega ning kohtuvõimu enesepiiramist konservatismiga, nagu võis välja lugeda ka mõiste esmakasutaja Schlesingeri kasutusest. Liberalismi defineeritakse kui poliitilist ja majanduslikku doktriini, mis rõhutab isikute autonoomiat, võrdseid võimalusi ja isiklike õiguste kaitset.⁷⁸ Konservatism on poliitiline doktriin, mis väärtustab traditsioonilisi ja väljakujunenuid praktikaid.⁷⁹ Seega liberalismiga seostatakse ka sotsiaalseid muutusi, mis aitavad saavutada isikute autonoomiat, samas kui konservatiivid on pigem alalhoidlikumad ja ettevaatlikumad muudatuste suhtes ning leiavad, et sotsiaalsed muutused peavad toimuma orgaaniliselt ja järk-järgult avalikkuse väärtustes ja hoiakutes.

Kohtuid on nähtud olulise jõuna liberaalsete ja vastuoluliste muutuste elluviimisel, olgu nendeks teemadeks rassiline desegregatsioon, abort või samasooliste abielu. Seetõttu on isegi märgitud, et progressiivsete vaadetega ühiskonnagrupid on teadlikult sotsiaalsete muutuste elluviimiseks pöördunud pigem kohtute poole selle asemel, et mõjutada poliitikuid ja seadusandliku protsessi kaudu ühiskonnas muutusi esile kutsuda.⁸⁰ Kohtute kaudu sotsiaalsete muutuste elluviimiseks on loodud ka sellele spetsialiseerunud kodanikeühendusi ning koostatud muutuste edukaks elluviimiseks käsiraamatuid.⁸¹

Eesti õiguskirjanduses ja ühiskonnas laiemalt tekkis diskussioon kohtuliku aktivismi üle kohtu ees olnud kaasusest, kus kohtu küsimuseks oli samasooliste abielu kandmine rahvastikuregistrisse. Seega kinnitab justkui ka Eesti näide kohtuliku aktivismi seostamist eelkõige liberalismiga. Ideoloogilisuse toomine diskussiooni viib paratamatult tulemuseni, kus kohtuliku aktivismi kui nähtuse positiivsus või negatiivsus sõltub eelkõige arutleva isiku

⁷⁷ B. C. Canon, p 237-238.

⁷⁸ Vt liberalismi mõiste käsitlust Britannica veebientsüklopeediast: K. Minogue, R. Dagger jt. „Liberalism“. – Arvutivõrgus: <https://www.britannica.com/topic/liberalism> (24.04.2019).

⁷⁹ Vt konservatismi mõiste käsitlust Britannica veebientsüklopeediast: P. Viereck, K. Minogue jt. „Conservatism“. – Arvutivõrgus: <https://www.britannica.com/topic/conservatism> (24.04.2019)

⁸⁰ D. E. Purvis. Evaluating Legal Activism: A Response to Rosenberg. – Buffalo Journal of Gender, Law and Social Policy 2009. Vol 17, p 3.

⁸¹ Vt näiteks M. Roa, B. Klugman. Seeking Social Change in the Courts. Tools for Strategic Advocacy. Methodology Workbook. – Women's Link Worldwide 2018. Arvutivõrgus: <https://www.womenslinkworldwide.org/en/files/3043/seeking-social-change-in-the-courts-tools-for-strategic-advocacy.pdf> (30.03.2019).

vaatenurgast. Samas tuleb möönda, et paljud kohtute poolt tehtud ja toona aktivistlikeks nimetatud otsused on tänases ühiskonnas iseenesestmõistetavad ning leidnud ühiskonnas laiemat tunnustamist, kui otsuste tegemise hetkel.

Üks Ameerika Ühendriikide Ülemkohtu viimase aja kõmulisemaid otsuseid on olnud kohtuasjas Obergefell v. Hodges⁸². Otsus oli teedrajav samasooliste abielude tunnistamisel. Otsuse järgi on samasooliste abielud õiguspärased tulenevalt nii võrdse kohtlemise põhimõttest kui ka neljateistkümnendast konstitutsiooniparandusest. Otsus võeti vastu viie kohtuniku poolt- ja nelja kohtuniku vastuhäälega. Üheks otsusele vastu olnud kohtunikuks oli Antonin Scalia, kes oma eriarvamuses toob välja, et tema hinnangul on otsuse näol tegemist kohtu õiguse luua vabadusi erakordse laiendamisega, kuivõrd seadusandjaks käesolevas kaasuses ei ole mitte 320 miljonit ameeriklast, vaid 9-liikmelise Ülemkohtu enamus.⁸³ Seega viitab Scalia enamuspõhimõtte rikkumisele kui kohtuliku aktivismi küljele.

Samas on kirjanduses ka väidetud, et kohtulik aktivism võib nii soodustada, mitte soodustada kui ka üldse mitte mõjutada isikute vabadusi ja võrdsust ning seetõttu ei saa kohtuliku aktivismi silti kleepida ainult progressiivsetele otsustele.⁸⁴ Craig Green toob näiteks kurikuulsa USA Ülemkohtu lahendi Dred Scott v. Sandford⁸⁵, mis pärineb 1857. aastast. Kohtuotsuses leiti, et mustanahaline, kelle vanemad olid toodud Ühendriikidesse ja müüdnud orjaks, orjastatud või vabad, ei saanud olla USA kodanikuks ja seega ei saanud pöörduda kohtusse. Teiseks kuulutati põhiseadusega vastuolus olevaks õigusakt, mis nägi ette, et kui ori viiakse nõ „vabale maale“, kus orjapidamine on keelatud, siis muutub ori vabaks. Ülemkohus leidis, et selline õigusakt on põhiseadusega vastuolus, kuna riivab liigselt isikute omandiõigust, kuigi normist tulevat õigust saada vabaks olid orjad kasutanud juba väga pikka aega.

Vaadates nimetatud kahte otsust ja nende erinevat mõju isikute vabadustele ja õigustele, tuleb nõustuda Greeniga, kes on viidanud, et kohtuid saab hukka mõista nii sotsiaalsete muutuste kannustamise eest kui ka nende summutamise eest, rahaliste huvide eelistamise või nende piiramise eest aga ka liigselt poliitikasse sekkumise või liiga vähese sekkumise eest.⁸⁶ Nimelt saab kohtulik aktivism toimida nii liberaalsete väärtuste edendajana konservatiivsete õigusaktide tühistamise ja tõlgendamisel isikute õiguste laiendamise kaudu, kui ka

⁸² Obergefell v. Hodges, 576 U.S. (2015)

⁸³ Antonin Scalia põhjendas enda eriarvamust järgmiselt: „*Today’s decree says that my Ruler, and the Ruler of 320 million Americans coast-to-coast, is a majority of the nine lawyers on the Supreme Court.*“

⁸⁴ C. Green, p 1226.

⁸⁵ Dred Scott v. Sandford, 60 U.S. 393 (1856).

⁸⁶ C. Green, p 1216.

konservatiivsete väärtuste edendajana liberaalsete õigusaktide tühistamise ja isikute õiguste laiendamata jätmise või nende piiramise kaudu.

Samas tuleb kohtul nii liberaalsete kui konservatiivsete otsuste tegemisel võtta arvesse ka võimalikku avalikkuse arvamust ja tekkida võivaid konflikte, kui kohus asub kujundama normi rakendamise viisi ja tõlgendust.⁸⁷ Kui kohtu tõlgenduse tulemuseks on regulatsiooni oluline erinevus rahva väärtushinnangutest ja põhimõtetest, siis võivad sellega sotsiaalsed konfliktid veelgi enam süveneda ja vastuolud eskaleeruda. Ühe sellise näitena tuuakse õiguskirjanduses USA Ülemkohtu kohtuasja *Brown v. Board of Education of Topeka*⁸⁸. Märkimisväärne on, et kohtuasjas otsustas Ülemkohus üheksa poolt- ja mitte ühegi vastuhäälega, et regulatsioon, mis lubab etnilise segregatsiooni riigikoolides, on põhiseadusega vastuolus. Vastuolu põhiseadusega tulenes Ülemkohtu hinnangul võrdse kohtlemise klauslist.

Nimelt enne otsust *Brown v. Board of Education* lähtuti USA-s ühiskondlike teenuste pakkumisel põhimõttest „eraldi, kuid võrdsed“ („*separate but equal*“), mille järgi avalikud teenused, mida pakuti erinevat rassi inimestele erinevates kohtades kuid eeldatavalt võrdse sisuga, ei rikkunud neljateistkümnendast konstitutsiooniparandusest tulenevat võrdse kohtlemise põhimõtet. Põhimõte tulenes Ülemkohtu lahendist *Plessy v. Ferguson*⁸⁹, mille üle otsustas Ülemkohus aastal 1896. Ligi pool sajandit hiljem tehtud otsuse *Brown v. Board of Education of Topeka* järgi seisneb võrdse kohtlemise printsiibi rikkumine ka selles, kui ühele rassile mõeldud kooli ei ole teisest rassist isikutel üleüldse võimalik õppima asuda. Ülemkohtu otsuse järgselt tuli seega luua mustanahalistele võimalus asuda õppima ka algselt valgenahalistele mõeldud koolides, mis varasemalt oli keelatud.

Samas leidis hulgaliselt ka neid, kes Ülemkohtu otsusega ei nõustunud. Pärast otsust suurenesid rassistlike liikumiste nagu Klu Klux Klan liikmete arv, osariigid proovisid kuulutada ennast suveräänseks küsimustes, kus nende hinnangul kohus oli otsust tehes astunud üle neile põhiseadusega antud volitustest.⁹⁰ Samuti asuti kohtuotsuse mõju täitevõimu organite poolt blokeerima. Üheks tuntumaks juhtumiks seoses kohtuotsuse täitmise takistamisega oli nn „Little Rock’i üheksa“ juhtum. Nimelt soovis üheksa mustanahalist noort kasutada oma kohtuotsuse tulemusena saadud õigust astuda Little Rock’i kooli Arkansases, mis oli varem

⁸⁷ R. Gravison. *The Role of Courts in Rifted Democracies*. – *Israel Law Review* 1999. Vol 33, Iss. 2, p 253.

⁸⁸ *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

⁸⁹ *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).

⁹⁰ Ülevaade reaktsioonidest ühiskonnas pärast *Brown v. Board of Education* lahendit: *Brown v. Board of Education and Attacks on the Courts: Fifty Years Ago, Fifty Years Later. A Justice at Stake Reporters Guide*. – *Justice at Stake Campaign* 2017. Arvutivõrgus: <https://www.brennancenter.org/sites/default/files/Brown%20v.%20Board%20of%20Education%20Attacks%20on%20the%20Courts%2C%2050%20Years%20Ago%2C%2050%20Year%20Later.pdf> (25.03.2019)

mõeldud vaid valgenahalistele. Arkansase kuberner Orval E. Faubus leidis aga, et mustanahaliste kooli sisenemine võib põhjustada mässu ning 3. septembril 1957 andis kuberner Arkansase rahvuskaardile käsu takistada mustanahaliste sisenemine kooli. Lisaks rahvuskaardile takistasid kooliminekut ka rahvahulgad, kes olid kohtute loodud desegregatsioonipoliitikale vastu. Olukorda püüdis lahendada Ühendriikide toonane president Dwight D. Eisenhower, kes riigistas Arkansase rahvuskaardi ning kutsus selle tagasi. Rahvuskaardi asemel suunas ta kooli juurde relvastatud sõjaväelased, kes pidid tagama mustanahaliste õpilaste julgeoleku ja turvalisuse. Kuigi kohtuotsuse järgi oli mustanahalistel täielik õigus Little Rock'i koolis õppida, oli see ilmselgelt kogu tähelepanu ja ka isikute suhtumist arvestades keeruline – kooliskäimise juurde käis pidev kiusamine ja teiste õpilaste halvustav suhtumine, lisaks koolide juures toimuvad meeleavaldused.⁹¹

Uuringute tulemused aga näitavad, et kohtute ja ühiskonna suhtumine liberalismi või konservatismi ei lähe üksteisest märgatavalt lahku. Uuringutest, kus rahvaküsitluste tulemused ja kohtuotsused teatud teemadel on indekseeritud ühtsesse nõ „liberalismi määra“, nähtub, et rahva arvamus ja kohtute otsused järgivad liberalismi osas sarnast tendentsi.⁹² Kui üldises tendentsis on korrelatsioon selgemalt nähtav, siis lühemate perioodide lõikes on erinevused kohtute ja ühiskonna arvamus vahel märgatavamad. Erinevused on erinevate iseloomudega: küll on kohtud varem liberaalsemad kui ühiskond ja ühiskond jõuab liberaalsusega kohtutele järgi aga sarnaselt esineb ka ajajärke, kus on kohtud konservatiivsemad kui ühiskond. Seega ei saa ka sellest tulenevalt öelda, et kohtud teenivad üksnes liberaalsete või konservatiivsete maailmavaadete huve.

Samuti ei saa tulemustest teha järeldust selle kohta, kas kohtud on ühiskonna arvamus kujundajad või vastupidiselt ühiskonna arvamus mõjutab hoopis kohtute otsuseid. Lühiperspektiivis esinevate erinevuste põhjustena on nähtud näiteks seda, kas kohtuniku ametisse nimetanud kogu või isik on olnud liberaalne või konservatiivne, milline on olnud teiste kohtukoosseisu kuuluvate kohtunike nimetanud organite ideoloogia ning millise aja jooksul pärast kohtunikku ametisse nimetava kogu või isiku valimist ametisse nimetamine toimub.⁹³ Siiski saab öelda, et kohtuotsused vastavad pikemas perspektiivis ühiskonna ootustele

⁹¹ T. A. Freyer. Enforcing Brown in the Little Rock Crisis. – The Journal of Appellate Practice and Process 2004. Vol. 6, No. 1, p 67-68

⁹² M. William, R. S. Sheehan. The Supreme Court as a Countermajoritarian Institution? The Impact of Public Opinion on Supreme Court Decisions. – The American Political Science Review 1993. Vol. 87, No. 1, p 90-91.

⁹³ Samas, p 92 ja 95-96.

liberaalsete või konservatiivsete arengute osas. Ühe kohtuotsuste ühiskonna ootustele vastavuse tõenäolise põhjusena saab näha kohtute soovi säilitada enda empiiriline legitiimsus.⁹⁴

Eeltoodud uuring oli tehtud USA Ülemkohtu otsuste ja USA-s elavate isikute arvamuse põhjal. Võib öelda, et Eesti kõrgema kohtu kohtunike nimetamine on vähemalt ühiskonnas vähem kõneainet pakkuvam ja apoliitilisem protsess, kui Ühendriikides. Nimelt seostatakse USA-s tihti ülemkohtunikke presidendiga, kes kohtuniku ametisse on nimetanud⁹⁵ ja hinnatakse sellest lähtuvalt, kas Ülemkohtus on kaldu ühe või teise partei poole ning hinnatakse Ülemkohtu tegevust ka sellest lähtuvalt. Seega saab USA Ülemkohtu tegevuse ühiskonnas levivatele arusaamadele vastavuse põhjusena näha Ülemkohtunike politiseeritust.

Samas on uuritud ka erinevate Ülemkohtu kohtunike vaadete muutust karjääri jooksul ning leitud, et kohtunikud võivad muutuda aja jooksul nii liberaalsemaks kui ka konservatiivsemaks.⁹⁶ Seetõttu ei saa kohtuotsuste vastavuses ühiskonnas levivatele hoiakutele näha vaid kohtunike politiseeritust, kuivõrd pikka aega teenivate kohtunike vaated võivad paratamatult muutuda. Eesti kontekstis saab seetõttu käesoleva töö autori hinnangul nõustuda USA ülemkohtunik Rehnquistiga, kelle arvates on kohtunikud tavalised inimesed, kes on oma töös mõjutatud avalikust arvamusest sama palju, nagu igat teist ametit pidav isik.⁹⁷ Eestis on kohtunike ametisse nimetamine vähem seotud poliitikaga ning kohtunikukandidaate neid ametisse nimetanud kogu parteidega seostada ei ole võimalik. Samas ei ole ka alust arvata, et kohtunikkonnas oleks esindatud üksnes ühesuguse maailmavaatega inimesed, kelle huve saaksid kohtunikud aktivistlike otsustega edendada. Kuivõrd kohtunikke ametisse nimetaval kogul ei ole kohtuniku maailmavaade teada, ei saa ametisse nimetav kogu ka selle põhjal oma otsust kohtuniku ametisse nimetamise osas langetada. Seetõttu on tõenäoline, et kohtunikkonda satub piisavalt erineva maailmavaatega inimesi, et vältida ühtse poliitilise joone tekkimist. Sellest tulenevalt vastavad tõenäoliselt ka Eesti kohtute otsused pikemas plaanis inimeste ootustele konservatiivsuse või liberaalsuse osas.

Eeltoodust tulenevalt ei saa kohtulikku aktivismi pidada ohtlikuks põhjusel, et selle kaudu viiakse ellu üksnes ühesuunalist poliitikat – see nähtub nii aktivistlikeks peetud kohtuotsuste iseloomust aga ka asjaolust, et vahel võivad kohtud olla liberaalsemad kui rahvas ja *vice versa*. Sellest tulenevalt võib aktivism avaldada mõju nii liberaalsetele kui ka konservatiivsetele

⁹⁴ Empiirilise legitiimsuse kohta vt käesoleva töö peatükki 3.2.2.

⁹⁵ Vt näiteks USA Ülemkohtu ametlik kodulehekül: <https://www.supremecourt.gov/about/biographies.aspx> (20.03.2019).

⁹⁶ L. Epstein, A. D. Martin, K. M Quinn, J. A. Segal. Ideological Drift among Supreme Court Justices: Who, When, and How Important. – Northwestern University Law Review 2007. Vol 101, No 4, p 1519.

⁹⁷ M. William, R. S. Sheehan, p 89.

otsustele ning edendada neid väärtusi võrdselt. USA-s läbi viidud küsitluste järgi saab kohtuotsuste ja ühiskonna liberaalsuse või konservatiivsuse korrelatsiooni näha ka Ülemkohtu kohtunike nimetamise poliitilisuses, kuid on ka uuringuid, mis näitavad kohtunike liberaalsuse muutust ametisoleku jooksul. Eestis on kohtunike ametisse nimetamine vähem poliitiline protsess ning kohtunike kalduvust liberalismi või konservatismi poole seetõttu sarnaselt USA-ga hinnata ei ole võimalik. Samas ei ole põhjust arvata, et kohtud teenivad Eestis üksnes ühe maailmavaate huve, kuivõrd kohtunikukandidaadi maailmavaade ei ole kohtunikke ametisse nimetavale kogule teada. Sellest tulenevalt on võrdselt võimalik ametisse saada nii konservatiivse kui liberaalse maailmavaatega kohtunikukandidaatidel, mistõttu vastavad ka Eesti kohtute otsused tõenäoliselt ühiskonna ootustele liberaalsuse-konservatiivsuse skaalal.

2.2. Kohtutel puuduvad täitevinstrumendid

Eelnevalt kirjeldatud desegregatsioonikaasusest nähtub, kuidas kohtuotsus võib vallandada sündmuste ahela, mille käivitajaks on erinevus kohtuotsuses väljendatud ning ühiskonnas levivate väärtushinnangute vahel ning tulemuseks terav konflikt ühiskonnas. Reaalne konflikt ei tekkinud eeltoodud näite puhul aga mitte otseselt kohtuotsusest, vaid täitevvõimu tegevusest, kui kohtuotsuse täitmist püüti takistada või selle täitmiseks jõulisemaid samme astuti. Eeltoodust tulenevalt hinnatakse järgnevalt, kas kohtulikku aktivismi saab pidada ohutuks just põhjusel, et kohus ei saa ühiskonnas reaalseid muudatusi ellu viia üksinda, vaid vajab selleks vältimatult ka täitevvõimu või seadusandja abi.

Kohtuotsuse jõustumisel saavutab kohtuotsus seadusjõu. Seadusjõud tagab õiguskindlust, mis on õigusriigi põhimõtte oluliseks osaks.⁹⁸ Kohtuotsuse formaalse seadusjõu põhimõtte järgi ei saa kohus asuda jõustunud kohtuotsust uuesti ümber vaatama. Seeläbi tagatakse õigusrahu. Kohtuotsuse formaalne seadusjõud tähendab aga ka seda, et kohtuotsus on täidetav ning et seda peabki täitma asuma.⁹⁹ Kohtuotsuse täitmine ei sõltu aga kohtust, vaid eelkõige sellest, milliseid sunnivahendid on riik loonud kohtuotsuse vabatahtlikult täitmata jätmise puhuks.

Kui kriminaalasjades on isikule määratud vanglakaristus ja süüdimõistetud ei ilmu määratud ajaks vangistust kandma, edastab kriminaalmenetluse seadustiku¹⁰⁰ § 414 lg 3 järgi vangla

⁹⁸ RKPJKo nr 3-4-1-32-14, p 28.

⁹⁹ E. Kergandberg, S. Laos, H. Sepp. PõhiS § 23/30.

¹⁰⁰ Kriminaalmenetluse seadustik. – RT I, 13.03.2019, 7.

Politsei- ja Piirivalveametile sundtoomise taotluse. Seega kriminaalasjades sõltub kohtulahendi täitmine täidesaatva riigivõimu institutsiooni tegevusest ning süüdimõistva kohtuotsuse puhul on võimalik täitevvõimul kohtuotsuse täideviimist takistada. Eesti praktikas on olnud ka juhtumeid, kus täitevvõim ei ole süüdimõistvat kohtuotsust täide viinud.¹⁰¹ Seetõttu ei ole tegemist pelgalt teoreetilise võimalusega.

Tsiviilasjades toimub kohtuotsuse täitmise tagamine kohtutäiturite poolt, kes nimetatakse kohtutäituri seaduse § 19 lg 7 alusel ametisse justiitsministri poolt.¹⁰² Seega ka tsiviilasjades sõltub kohtulahendi täitmine täitevvõimust. Täitemenetluse seadustiku¹⁰³ § 8 lg 1 järgi kohtutäitur kohustatud võtma tarvitusele kõik abinõud täitedokumendi täitmiseks. Kohtutäitur ei saa hinnata kohtulahendi sisu ega saa seega keelduda kohtulahendi täitmisest põhjusel, et kohus on olnud lahendit tehes aktivistlik. See aga ei tähenda, et kohtutäitur ei võiks sarnaselt Politsei- ja Piirivalveametile jätta sisuliselt kohtuotsuse täitmata.

Haldusajades on halduskohtumenetluse seadustiku¹⁰⁴ § 248 lg 1 järgi kohtul võimalik määrata kohtulahendi või kohtu kinnitatud kompromissi täitmata jätmise eest süüdiolemale menetlusosalise rahatrahvi kuni 32 000 eurot. Rahatrahvi on võimalik menetlusosalisele määrata korduvalt. Haldusajades iseloomust tulenevalt on rahatrahvi võimalik määrata üksnes haldusorganile, kes kaebaja huvides tehtud kohtuotsust täitma ei asu. Seega on menetlusosalisest haldusorganil võimalik jätta aktivistlikud kohtuotsused täitmata, kui ollakse nõus kandma kohtu poolt määratud rahatrahvi

Halduskohtumenetluse seadustiku kommenteeritud väljaande järgi ei pruugi ka rahatrahv alati tagada kohtulahendi täitmist, kuid tegemist on ühe tõhusama õigusriikliku vahendiga kohtulahendi täitmise tagamiseks.¹⁰⁵ Võimude lahususe ja tasakaalustatuse põhimõtte õigusriigi aluspõhimõtte lahutamatu osa.¹⁰⁶ Kohtuvõimule laiemate volituste andmine kohtulahendi täitmise tagamiseks läheks vastuollu võimude tasakaalustatuse ideega, mille järgi peavad võimuharud olema üksteisest vastastikku sõltuvad ning mis tagatakse läbi kontrolli- ja tasakaalumehhanismide. Võimude lahususe järgi peab igal pool, kus võib tekkida võimu kontsentratsioon, olema olemas vastassuunalise võimu teostamise võimalus.¹⁰⁷ Kohtuvõimule

¹⁰¹A. Keian: Inimese surnuks sõitnud politseinik unustati vangi panna. – Postimees. 16.01.2003. Arvutivõrgus: <https://www.postimees.ee/1993059/inimese-surnuks-soitnud-politseinik-unustati-vangi-panna> (19.04.2019)

¹⁰² Kohtutäituri seadus. – RT I, 29.06.2018, 20.

¹⁰³ Täitemenetluse seadustik. – RT I, 19.03.2019, 15.

¹⁰⁴ Halduskohtumenetluse seadustik. – RT I, 28.12.2011, 7.

¹⁰⁵ E. Vene HKMS § 248/A.I. – I. Pilving, K. Merusk (koost.). Halduskohtumenetluse seadustik. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura 2013.

¹⁰⁶ M. Ernits, K. Merusk. Põhiseaduse § 4 kommentaar, komm 1.

¹⁰⁷ M. Ernits. Põhiseaduse § 10 kommentaar, komm 26.

täidesaatva võimuorgani volituste andmata jätmine on oluline, et vältida kohtunikul orjastaja võimuvolituste tekkimist.¹⁰⁸ Seega on kohtutele täitevinstrumentide andmine äärmiselt piiratud, ning võimude lahususe põhimõttega oleks vastuolus see, kui kohus asuks ise tegema toiminguid, mille tegemata jätmist kohus haldusorganile ette heidab.

Põhiseaduslikkuse järelevalve asjades, kus kohus tunnistab õigustloova akti kehtetuks, ei toimu muudatused õiguskorras automaatselt kohtuotsuse jõustumisega. Õigusnormi õigusliku eksistentsi eelduseks ja tingimuseks on ka õigusakti avaldamine ning vaid avaldatud õigus saab olla täitmiseks kohustuslik.¹⁰⁹ Seega peab põhiseaduslikkuse järelevalve asjades õigusnormi kehtetuks tunnistamine kajastuma ka Riigi Teatajas. Riigi Teatajat annab välja täidesaatva võimu organ ehk Justiitsministeerium. Seega ei saa kohus ka põhiseaduslikkuse järelevalve menetluse kaudu vahetult tuua kaasa muutusi ühiskonnas, vaid vajab selleks täidesaatvat võimu. Küll tuleb seda võimalust täitevvõimu poolt kohtulahendi täitmise takistamiseks pidada teoreetiliseks.

Põhiseaduslikkuse järelevalve kohtumenetluse asjades, kui Riigikohus tunnistab õigustloova akti välja andmata jätmise põhiseadusvastaseks, on kohtuotsuse realiseerumine otseselt sõltuv vaid seadusandlikust või täidesaatvast võimuorganist, kellele kohus tegevusetust ette heidab. Kui täitevvõimu poolt õigusnormide Riigi Teatajas avaldamata jätmisega ei ole Eestis probleeme olnud ja see võimalus on pigem teoreetiline, siis põhiseaduslikkuse järelevalve kohtulahendite täitmine juhtumitel, kui Riigikohus tunnistab põhiseadusega vastuolus olevaks õigustloovate aktide andmata jätmise, on Riigikohtu esimehed oma Riigikogule tehtud pöördumistes korduvalt probleemina välja toonud.¹¹⁰

Samas on ka kohtulahendeid, mille täitmiseks ei ole kohtul täitevinstrumente vaja ning mille mõju avaldub menetlusosalistele ilma teiste võimuharude sekkumiseta. Sellisteks on näiteks kohtulahendid, millega kohus mõistab isiku kuriteos õigeks. Süüdistatava vaatevinklist ei ole tõenäoliselt vahet, kas õigeksmõistmine toimus kohtu aktivistliku käitumisega või mitte. Kriminaalmenetluses on teiseks pooleks on aga süüdistaja rolli täitev prokuratuur, kelle

¹⁰⁸ M. Ernits, K. Merusk. Põhiseaduse § 4 kommentaar, komm 2.

¹⁰⁹ M. Ernits. Põhiseaduse § 3 kommentaar, komm 48.

¹¹⁰ K. Kangro. Pikamäe: parlamendil on täitmata pea kolmandik riigikohtu otsustest. – Postimees. 05.06.2014. Arvutivõrgus: <https://www.postimees.ee/2817770/pikamae-parlamendil-on-taitmata-pea-kolmandik-riigikohtu-otsustest> (15.04.2019); K. Kangro: Rask: riigikogu ei täida põhiseaduskohtu otsuseid. – Postimees. 06.06.2013. Arvutivõrgus: <https://www.postimees.ee/1260950/rask-riigikogu-ei-taida-pohiseaduskohtu-otsuseid> (15.04.2019). Vt ka Riigikohtu esimehe ettekanne Riigikogu 2018. aasta kevadistungjärgul. Riigikohtu põhiseaduslikkuse järelevalve 2010.–2017. aasta kohtulahendite täitmine. Arvutivõrgus: <https://www.riigikohus.ee/sites/default/files/elfinder/ylevaated/2018/%C3%9Clevaade%20Riigikohtu%20p%C3%B5hiseaduslikkuse%20j%C3%A4relevalve%202010.%E2%80%932017.%20aasta%20koht....pdf> (15.04.2019)

ülesandeks on laiemalt esindada kogu ühiskonna huve. Nimelt on karistusõiguse ülesanne mõjutada kõiki ühiskonna liikmeid teatud viisil käituma ning prokuratuuri ülesandeks ühiskondliku kokkuleppe rikkujad vastutusele võtmiseks kohtu ette viia. Kohus, andes hinnangu süüdistatava teole, annab seega signaali ka ühiskonnale laiemalt, mil viisil on õiguspärane käituda. Kui selline signaal ei ole kooskõlas ühiskonna õiglustundega, tekib pingeseisund ühiskonna ja riigivõimu vahel.

Sellise pingeseisundi eskaleerumise näitena võib tuua juhtumi USA-st, kus toimusid 1992. aastal õigeksmõistva kohtuotsuse mõjul ulatuslikud rahutused. Nimelt süüdistati nelja politseiametnikku selles, et nad kasutasid liigset jõudu mustanahalise mehe kinnipidamisel.¹¹¹ Kannatanuks oli Rodney King, kes peeti politsei poolt kinni pärast seda, kui oli kiirust ületanud ning eiranud peatumismärguannet. Politsei jõuline tegutsemine jäi ka videolindile ning jõudis suurematesse meediaväljaannetesse ja seeläbi avalikkuseni. Avalikkus mõistis politsei käitumise hukka ning nägi jõu kuritarvitamise põhjusena rassismi. Samas leidis vandekohus, et politseinikud käitusid õiguspäraselt. Paari tunni jooksul pärast kohtuotsuse kuulutamist tulid inimesed tänavatele ning vägivald levis üle kogu linna. Rahutuste käigus hukkus 55 inimest, vigastada sai umbes 2000 inimest ning kinni peeti 12 000 inimest. Hinnanguliselt tekkis rahutuste käigus varaline kahju üle miljardi dollari.

Eeltoodust tulenevalt saab öelda, et kohtuotsuse otsene täitmine võib tõepoolest sõltuda teiste võimuharude tegevusest. Selgelt on sõltub kohtuotsuse täitmine täitevvõimust süüdimõistva otsusega kriminaalasjades ning tsiviilasjades. Haldusajade puhul on kohtul võimalik otsuse täitmata jätmise korral määrata menetlusosalisele trahv, kuid sellest hoolimata ei ole võimalik kohtul täitmise tagamist sisuliselt tagada. Kohtule suuremate volituste andmist kohtulahendi täitmiseks takistab võimude lahususe põhimõte. Seega on täitevvõimul sisuliselt võimalik kohtuotsuste täitmist takistada. Kõige hõlpsam on aktivistlike kohtuotsuseid eirata parlamendil, kui jätab täitmata kohtuotsuse, millega kuulutatakse põhiseadusega vastuolus olevaks seadusandja tegevusetus ning kohustatakse seadusandjat vastu võtma kindla sisuga õigusakti. Kuid vaid põhjusel, et teistel võimuorganitel on võimalik kohtuotsuse täitmist takistada, ei saa kohtulikku aktivismi pidada ohutuks. Kohtuotsus ei saavuta mõju üksnes selle täitmise kaudu, vaid kohtuotsus mõjutab ühiskonda laiemalt ka siis, kui selle täitmiseks ei ole vaja teistel võimuorganitel astuda täiendavaid samme.

¹¹¹ Vt ülevaadet sündmustest: BBC News World Edition. Flashback: Rodney King and the LA riots. – BBC 10.07.2002. Arvutivõrgus: <http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/2119943.stm> (17.04.2019)

2.3. Kohtud kui sobivad poliitikakujundajad

Kirjanduses märgitakse kohati, et kohtud ei ole poliitikakujundajatena halvemad, kui seadusandlik- või täitevvõim, vaid on mõnel juhul isegi sobivamad. Peamiseks põhjenduseks on see, et kohtunikel puudub oma sõltumatusest tulenevalt kohustus olla kellelegi meele järgi, mistõttu saavad nad otsustamisel võtta arvesse ühiskonna huve laiemalt.¹¹²

Poliitikuid seadusandlikus- ja täitevvõimuses võrreldakse majandusteoorias kasutatava *homo economicus*-ega, kes lähtub oma otsuste tegemisel ratsionaalsetest kaalutlustest, et maksimeerida enda isiklikku kasu.¹¹³ Saadav kasu, mille poole püüeldakse, seisneb eelkõige oma positsiooni kindlustamises ja võimaluses olla järgmistel valimistel taas valitud. Sellest tulenevalt püüavad poliitikud võtta vastu üksnes seadusi, mis suurendab nende edu järgmistel valimistel. Äärmuslikumatel juhtudel tähendab see seda, et võideldakse ka selle eest, et neid valitavate isikute sotsiaalne seisund oleks teistest parem, halvendades teiste ühiskonnagruppide olukorda. Näiteks privilegerida üht ühiskonna gruppi seeläbi, et võideldakse teise ühiskonnagrupi õiguste laiendamise vastu – näiteks mustanahaliste ja naiste valimisõiguse vastu. Seega ei pruugi seadusandliku kogu liikmed olla huvitatud näiteks võrdse kohtlemise põhimõtte juurutamisest.¹¹⁴

Poliitikute soovist mitte võtta vastu otsuseid, mis tema valijaskonnale ei pruugi olla meelepärane, võivad jääda olulised otsused sootuks vastu võtmata. Seetõttu nähakse kohtuid parimate ebapopulaarsete, kuid vajalike otsuste tegijatena, kuna ebapopulaarsete otsuste tegemisel ei pea nad muretsema oma positsiooni pärast ja saavad seetõttu lähtuda ühiskonna kui terviku tegelikest vajadustest.¹¹⁵

Teiseks on oluline märkida, et kui seadusandjal ja täitevvõimul on valikuvõimalus, kas poliitiliselt tundlikku küsimust üldse lahendada asuda või reguleerida, siis kohtul on konkreetses asjas alati otsustamise kohustus.¹¹⁶ Sellest tulenevalt võib väita, et kohtu poolt küsimuse lahendamine on efektiivsem.

¹¹² L. M. Swygert. In Defence of Judicial Activism. – Valparasio University Law Review 1982. Vol 16, No. 3, p 449.

¹¹³ E. L. Rubin. M. M. Feeley. Judicial Policy making and Litigation against the Government. – The University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law 2002-2003. Vol 5, p 621-622

¹¹⁴ Samas, p 622

¹¹⁵ L. M. Swygert, p 449.

¹¹⁶ Samas.

Üks selline Eesti praktikas tekkinud olukord, kus seadusandja jättis olukorra poliitilise tahte puudumise tõttu vajalikul tasemel reguleerimata, on lahenduse saanud Riigikohtus.¹¹⁷ Kaasus puudutas Teise maailmasõja eel Saksamaale ümberasunute vara tagastamist. Esiteks tunnistas Riigikohus põhiõiguse korraldusele ja menetlusele rikkumise ja õigusselgusetuse tõttu põhiseadusvastaseks regulatsiooni, mis nägi ette isikute vara tagastamise ja kompenseerimise riikidevahelise kokkuleppega. Kokkulepet aga ei olnud aga riikide vahel sõlmitud, mistõttu oli vara tagastamise või kompenseerimise lahendus ebaselge.¹¹⁸ Riigikohus kohustas seadusandjat viima säte kooskõlla põhiseadusega, muuhulgas langetama poliitiline otsus selle kohta, kas isikutele vara tagastada ja kui seda teha, siis millistel tingimustel.¹¹⁹

Kolm aastat hiljem jõudis küsimus taaskord Riigikohtu ette. Seadusandja ei olnud olukorra lahendamiseks vajalikke samme astunud ning õigusselgusetus jätkus. Riigikohus oli eelmises lahendis leidnud, et regulatsiooni kehtetuks tunnistamiseks puudus alus ja piisas vaid regulatsiooni põhiseadusvastasuse tuvastamisest. Seekordsel vaagimisel regulatsiooni õigusselgusetuse üle leidis Riigikohus, et aastaid kestnud põhiseadusvastase olukorra lõpetamiseks ei piisa taaskord säte põhiseadusvastaseks tunnistamisest, vaid säte tuleb tunnistada kehtetuks.¹²⁰ Kui enne säte kehtetuks tunnistamist pidid isikud ootama riikidevahelist kokkulepet vara tagastamise või kompenseerimise küsimuses, siis säte kehtetuks tunnistamise tulemusena pidid haldusorganid hakkama isikute taotlusi vara tagastamiseks või kompenseerimiseks asuma sisuliselt lahendama ja seda tegema omandireformi aluste seadusega¹²¹ sätestatud üldistel alustel ja üldises korras.

Otsusele on kirjutatud ka kaks eriarvamust, milles leitakse, et Riigikohus oleks saanud regulatsiooni kehtetuks tunnistada ka osaliselt ning ei oleks pidanud kõrvale kalduma seaduses sätestatud põhimõttest mitte lähtuda Saksamaale ümberasunud vara kompenseerimisel või tagastamisel ORAS-es sätestatud regulatsioonist. Eriarvamuste kohaselt on teinud Riigikohus omandireformi vallas väga tõsise poliitilise „kannapöörde“, „revideerinud omandireformis enam kui neliteist aastat kehtinud põhimõtteid“ ning selle poliitika õigsuse ja põhjendatuse tõendamise koormis langes Riigikohtule.¹²²

¹¹⁷ T. Annus. Kohtud kui poliitilised institutsioonid. – Juridica IX/2007. Juura 2007, lk 605.

¹¹⁸ RKÜKo nr 3-4-1-5-02, p-d 34 ja 35.

¹¹⁹ Samas, p 37.

¹²⁰ RKÜKo nr 3-3-1-63-05, p 27.

¹²¹ Eesti Vabariigi omandireformi aluste seadus. – RT I, 12.12.2018, 9.

¹²² Riigikohtuniku Jaak Luige eriarvamus ning E. Kergandbergi eriarvamus, millega on ühinenud J. Ilvest ja H. Jõks Riigikohtu üldkogu kohtuotsusele nr 3-3-1-63-05.

Eriarvamuste peamiseks argumendiks on, et kehtetuks tunnistatud õigusnormis sisaldus poliitiline juhtnõor õigustatud subjektide ringi määratlemiseks. Riigikohtunik Kergandbergi eriarvamuse kohaselt oli kehtetuks tunnistatud õigusnormis kaks regulatsiooni, millest ühe järgi ei olnud Saksamaale ümberasunud isikud enam omandireformi õigustatud subjektid ning teise kohaselt võidakse ümberasumisega asunud kahjusid heastama asuda siis, kui riikidevaheliste lepingute alusel tekivad selleks materiaalsed võimalused.¹²³ Riigikohtu otsusest võib tuletada, et sellist poliitilist juhtnööri aga seaduse tekstist¹²⁴ Riigikohus ei leidnud ning et seadusandja pole kohast menetlust Saksamaale ümberasunutele kuuluva vara omandiõiguse kindlaksmääramiseks ette näinud.

Riigikohtu enamuse loogikast lähtudes oli Riigikohtul otsust tehes valikuteks kas „säilitada ebamäärane väljavaade võimaluse kohta erastada kasutatavat vara“¹²⁵ või lõpetada õiguselgusetus, mis tekkis seoses seadusandja tegevusetusega. Seega pidi Riigikohus kaaluma, kas õiguslik ebaselgus ja sellest tulenev negatiivne mõjutus isikutele oli sedavõrd tugev, et kaalus üles seadusandja õiguse küsimust ise poliitilise tahte tulemusena reguleerida. Arvestada tuleb siinjuures, et Riigikohus oli küsimust juba varasemalt lahendanud ning seadusandja ei olnud astunud vajalikke samme õiguselguse loomiseks ka kuuekuulise tähtaja jooksul, mille Riigikohus seadusandjale andis. Seega oli regulatsiooni ebaselgusest tulenev riive isikute õigustele tugev. Teisel pool oli kaalukaasil demokraatia põhimõttest tulenev enamuspõhimõte. Kuivõrd Riigikohus nägi põhiseadusvastasust õiguselgusetuses, mitte konkreetses lahenduses, oli seadusandjal avar otsustusruum reguleerida olukorda ka pärast Riigikohtu otsust, mistõttu riive demokraatia põhimõttele oli pigem väike. Seega võib leida, et õiguselguse põhimõtte riive oli sedavõrd intensiivne, et kaalus üles riive demokraatia põhimõttele ning kohus oli õigustatud poliitikat kujundama.

Eeltoodust tulenevalt saab öelda, et kohtuid saab näha sobivate poliitikakujundajatena ebapopulaarsete otsuste vastuvõtmisel, kuivõrd nende sõltumatusest tulenevalt puudub neil vajadus võimalikule valijaskonnale meeldida. Ebapopulaarsed otsused võivad jääda seadusandlikus kogus vastu võtmata, kuivõrd poliitikud ei soovi vastu võtta otsuseid, mis nende valimisedu vähendada võiksid. Teisalt poolt saab öelda, et seadusandja üks valik õiguslikuks reguleerimiseks on ka olukorra reguleerimata jätmine ning seda valikut tuleb austada. Sellest

¹²³ Samas, p 3.

¹²⁴ Eesti Vabariigi omandireformi aluste seaduse § 7 lg 3, mille Riigikohus põhiseadusega vastuolus olevaks tunnistas, sätestas, et Saksa riigiga sõlmitud lepingute alusel Eestist lahkunud isikute omandis olnud ja Eesti Vabariigis õigusvastaselt võõrandatud vara tagastamise või kompenseerimise taotlused lahendatakse riikidevahelise kokkuleppega.

¹²⁵ RKÜKo nr 3-4-1-5-02, p 35.

tulenevalt ei saa kohus asuda mitte igat olukorda reguleerima, vaid kohtupoolse reguleerimise eesmärgiks peab olema isikute õiguste kaitse olukordades, kus seadusandja tegevusetuse tõttu on riive isikute õigustele või vabadustele ülemäärane. Kohus peab poliitikat kujundavas otsuses kaaluma, kas isikute õiguste riive on sedavõrd intensiivne, et kaalub üles seadusandja õiguse ise poliitikat kujundada.

2.4. Seadusandja võimalused kohtuotsusest tuleneva poliitika muutmiseks

Kohtuliku aktivismi ohutuse väljendumise viisiks saab tuua asjaolu, et seadusandja saab mitesobiliku otsuse ümber vaadata, seeläbi õiguskorda muuta ja kohtute aktivismist tekkinud „vigu“ poliitikakujunduses parandada. Sellisele seisukohale on jõudnud ka riigikohtunik Jüri Põld, kes on oma eriarvamuses selgitanud, et põhiseaduslikkuse järelevalve kohtumenetluse tulemusena kujunenud uus õigusnorm võibki olla ebaotstarbekas või seadusandjale poliitiliselt vastuvõetamatu, kuid seadusandja asi on sellisel juhul astuda aktiivseid samme normi muutmiseks.¹²⁶ Õiguskirjanduses on märgitud, et juhul kui aktivistliku kohtuotsusega saadud regulatsiooni seadusandja ei muuda, siis ei olegi kohtu poolt loodud regulatsioon lõppastmes ju halb.¹²⁷ Seeläbi nähakse kohtu ühe ülesandena tuua olulised kuid seadusandja jaoks ebamugavad probleemid, mida pigem soovitakse ignoreerida, siiski parlamendile arutamiseks.¹²⁸

Kõige hõlpsam on seadusandjal kohtu loodud poliitikat muuta juhul, kui poliitikakujundamine on toimunud õigustloova akti tõlgendamise kaudu. Kuivõrd tõlgendamise eelduseks on õigusnormi avatus tõlgendamisele, saab seadusandja muuta õigusnormi tõlgendamisele suletuks seda piisavalt täpsustades.

Esimeseks piiranguks seadusandja vabadusele otsustada kohtu poolt kujundatud regulatsiooni muutmise üle võib olla õiguskindluse põhimõtte oluliseks osaks olev ebasoodsa tagasiulatava mõju keeld. Eelkõige saab tegemist olla juhtumitega, kus kohus on otsusega laiendanud isiku õigusi ning seadusandja soovib isiku õigusi uuesti piirata. Riigikohtu praktika järgi on ebasoodsa tagasiulatava mõju keelu näol tegemist põhimõttega, mitte absoluutse keeluga, ning normidele tagasiulatava jõu andmine iseenesest ei ole põhiseadusega vastuolus, vaid tuleb igal

¹²⁶ RKHKo nr 3-3-1-10-10 riigikohtunik Jüri Põllu eriarvamuse p 44.

¹²⁷ A. D. Hellman. Judicial Activism: The Good, the Bad, and the Ugly. – Mississippi College Law Review 2002. Vol. 21, No. 2, p 264.

¹²⁸ K. Roach. Dialogic Judicial Review and its Critics. – Supreme Court Law Review 2nd Series 2004. Vol 23, p 54.

konkreetsel juhul kaaluda, arvestades sätte eesmärki ning põhjustatud riive mõõdukust.¹²⁹ Seega ei ole tegemist sellise piiranguga, mis täielikult välistaks seadusandja võimaluse ümber vaadata kohtu poolt loodud regulatsioon.

Teise piiranguna seadusandjale kohtuotsustes väljendatud põhimõtete muutmises võib näha isikute õiguspärasest ootusest tekkinud õigusliku olukorra kehtimajäämise suhtes. Tegemist on samuti PS §-st 10 tuleneva õiguskindluse põhimõtte osaga, mille järgi isikule õiguskorras talle antud õigus ja seatud kohustused peavad püsima stabiilsena ega tohi drastiliselt muutuda isikule ebasoodsas suunas.¹³⁰ See ei tähenda aga samuti seda, et isikute õiguste piiramine või soodustuste lõpetamine on lubamatu ning et kehtiv regulatsioon oleks kivistatud, kusjuures Riigikohtu seiskoha järgi õigussuhteid vastavalt muutunud oludele ümber kujundades võib paratamatult halveneda mõnede ühiskonnaliikmete olukord.¹³¹ Ebaehtsa tagasiulatuva jõu keeld kaitseb isiku usaldust, et isikult ei võeta ära riigi poolt antud õigusi, mida isik on asunud realiseerima.¹³² Seega ka siin on tegemist kaalumisolukorraga, kus Riigikohtu hinnangul tuleb arvesse võtta, kuidas oli muutus isikule õiguslikus olukorras ettenähtav või ootamatu ning kas avalik huvi regulatsiooni muutmise vastu kaalub üles isikute õiguspärase ootuse.¹³³ Samas ei takista ka see põhimõtte seadusandjal absoluutselt kohtuotsusest tulenevat õiguslikku regulatsiooni muutmist.

Küll aga ei ole õigusriigi põhimõttest tulenevalt seadusandjal võimalik luua samasisulist regulatsiooni, nagu on kohus juba põhiseadusvastaseks tunnistanud, jättes sellisena põhiseaduse vastane regulatsioon lõpmatult kehtima.¹³⁴ Sellest tulenevalt on seadusandjal võimalik oma eesmärgi täita lähtudes uue regulatsiooni koostamisel kohtu poolt määratud piirangutest. Kui seadusandja hinnangul on poliitika elluviimiseks võimalik rakendada üksnes kehtetuks tunnistanud regulatsiooni, on seadusandjal võimalik muuta põhiseadust.

3. Kohtuliku aktivismi negatiivsed küljed

3.1. Võimude lahususse sekkumine

Kohtuliku aktivismi mõiste Eestis üldsuses käibesse viinud sõnavõttus Riigikogu kõnepuldis viidati, et õigust luues ründavad kohtunikud võimude lahususe printsiipi ning õõnestavad

¹²⁹ RKPJKo nr 3-4-1-13-09, p 39.

¹³⁰ RKPJKo nr 3-4-1-24-11, p 50.

¹³¹ RKPJKo nr 3-4-1-20-04, p 14.

¹³² RKHKo nr 3-3-1-6-02, p 18.

¹³³ RKPJKo nr 3-4-1-27-13, p 61.

¹³⁴ RKPJKo nr 3-4-1-30-14, p 96.

Riigikogu autoriteeti.¹³⁵ Seega heitis parlamendi liige kohtutele ette, justkui oleks kohus aktivisliku otsusega kaldunud kõrvale võimude lahususe põhimõttest ning parlamendi mõjuvõimu vähendanud. Parlamendi liikme lähenemine on sarnane Arthur D. Hellmani öelduga, kelle järgi tuleks kohtulikku aktivismi mõistet kasutada kirjeldamaks kohtulahendeid, millega kohus laiendab enda võimuvolitusi teiste poliitiliste võimuharude arvelt.¹³⁶ Kahtlemata riivab kohtulik aktivism võimude lahususe põhimõtet, seda eriti institutsioonivälise kohtuliku aktivismi puhul. Järgnevalt hinnatakse, kas ja mil määral piirab võimude lahususe põhimõte kohtulikku aktivismi.

Võimude lahususe ja tasakaalustatuse põhimõte on õigusriigi aluspõhimõtte osaks ning tuleneb PS §-de 4 ja 14 koostoimest. PS § 4 sätestab võimude lahususe institutsionaalse külje ning PS § 14 funktsionaalse külje, mille järgi on riigil eristatud seadusandlik, täidesaatev ja kohtuvõim.¹³⁷ Võimude eristamise eesmärgiks on vältida võimu kontsentreerumist ühe võimuharu kätte ning seeläbi tagada isikute õigused ja vabadused. Nimelt selgitas Montesquieu, et täidesaateva ja seadusandliku võimu ühtesse kättesse koondumist tuleb vältida, et türanlike seaduste andmisel ei oleks võimalik neid ka türanlikult ellu viia, ning vabaduse olemasoluks peab olema ka neist eraldiseisev kohtuvõim.¹³⁸

Võimude lahususes eristatakse eraldussüsteemi, valdavussüsteemi ning tasakaalusüsteemi.¹³⁹ Eraldussüsteemi järgi on olulisel kohal kõrgeimate organite moodustamise autonoomia ning teiste võimuharu aktide vastuvõtmise ja ametite ühitamise keeld.¹⁴⁰ Pelgalt täielik võimuharude eraldatus ning teise võimuharu tegevusse sekkumisest hoidumine võib aga viia olukorrani, kus isikute õigused ja vabadused ei pruugi olla piisavalt kaitstud. Kirjanduses on toodud näiteks juhtumeid, kus kohtud on jätnud vangide kaebused ebainimlike tingimuste ja valvurite käitumise osas läbi vaatamata põhjusel, et vanglate haldamine oli täitevvõimu pädevuses.¹⁴¹ Vangla tingimused olid distsipliini ja korra tagamise vahendiks, mistõttu oleks nende muutmine läinud vastuollu võimude lahususe põhimõttega. Seega lähtudes absoluutsest võimude

¹³⁵ Arupärimine samast soost isikute abielu kandmise kohta rahvastikuregistrisse (nr 298). XIII Riigikogu stenogramm. V istungjärk. Esmaspäev, 20. märts 2017, kell 15:00 – Arvutivõrgus: <http://stenogrammid.riigikogu.ee/et/201703201500#PKP-20562> (15.01.2019).

¹³⁶ A. D. Hellman, p 261.

¹³⁷ M. Ernits, K. Merusk. . Põhiseaduse § 4 kommentaar, komm 1.

¹³⁸ Samas, komm 2

¹³⁹ R. Maruste, H. Schneider. Võimude lahususe teoreetilised lähtekohad ja mõned praktilised probleemid Eestis. – Juridica III/1994. Tartu: TÜ õigusteaduskond 1994, lk 64-65.

¹⁴⁰ Samas.

¹⁴¹ L. M. Swygert, p 453.

eraldatest esineb oht, kus võimude lahususe põhimõte võib kohut takistada täitmas tema ülesannet tagada isikute õigusi ja vabadusi.

Täielikust võimude eraldatusest esineb meie õigusruumis ka selgeid kõrvalekaldeid. Näiteks on kohtutele pandud mitmeid täitevvõimu funktsiooniga seotud registrite pidamise ülesanded. Kohtute seaduse¹⁴² (edaspidi KS) §-de 15 ja 16 kohaselt peab Tartu maakohus kinnistusraamatut, laevakinnistusraamatut, äriregistrit, mittetulundusühingute ja sihtasutuste registrit ning kommertsandiregistrit. Teiseks on õigusemõistmise volitused antud väärteto asjades suures osas kohtuvälistele menetlejatele, kelleks on väärtetoemenetluse seadustiku¹⁴³ (edaspidi VTMS) § 9 ja § 73 järgi kas täidesaatva riigivõimu volitustega asutus või valla- ja linnavalitsus. Samuti täidavad õigusemõistmise funktsiooni erinevad kohtusüsteemivälised haldusorganid, kes kuuluvad täidesaatva võimu haldusalasse. Näiteks töövaidluste lahendamise seaduse¹⁴⁴ § 4 lg 1 järgi on töövaidluskomisjon Sotsiaalministeeriumi valitsemisalas oleva Tööinspektsiooni juures asuv organ, riigihangete vaidlustuskomisjoni asjaajamine toimub riigihangete vaidlustuskomisjoni põhimääruse¹⁴⁵ § 2 lg 1 järgi vastavalt Rahandusministeeriumi asjaajamiskorrale, üürikomisjon on üüriivaidluste lahendamise seaduse¹⁴⁶ § 2 lg 1 järgi kohaliku omavalitsuse üksuse juures asuv organ.

Õigusemõistmise funktsioonide andmisel haldusorganitele esineb paratamatult riive võimude lahususe põhimõttele. Riigikohus on oma lahendis, kus otsustanud õigusemõistmise funktsiooni haldusorganile delegerimise kohta, leidnud, et võimude lahususe ja tasakaalustatuse põhimõttest tulenevalt tuleb vältida kohtuvõimu põhiseaduses sätestatud pädevuse kitsendamist.¹⁴⁷ Nimetatud kaasuses leidis Riigikohus, et regulatsioon, mille järgi asub halduskohtu asemel kohtuasja lahendama haldusorgan, kitsendab lubamatult põhiseaduses sätestatud kohtuvõimu pädevust. Samuti on leitud, et kohtuvälistele haldusorganitele õigusemõistmise funktsiooni andmine on õigustatud, kui nende otsused ei ole lõplikud ning lõplik otsustusõigus jääb kohtueelsest menetlusest hoolimata kohtutele.¹⁴⁸ Seega saab öelda, et riive võimude lahususele on õigustatud, kui sekkumisega ei kitsendata võimuharu põhiseaduses sätestatud pädevust ning teise võimuharu sekkumise järgselt ei ole sekkunud võimuharu otsus lõplik. Tuues paralleeli kohtu sekkumise kohta seadusandja ülesannetesse saab öelda, et kohtul on lubatud olla aktivistlik seadusandja töömaale sekkumisega, kui kohus ei takista parlamendil

¹⁴² Kohtute seadus. – RT I, 13.03.2019, 3.

¹⁴³ Väärtetoemenetluse seadustik. – RT I, 13.03.2019, 200.

¹⁴⁴ Töövaidluste lahendamise seadus. – RT I, 28.12.2017, 18.

¹⁴⁵ Riigihangete vaidlustuskomisjoni põhimäärus. – RT I, 20.07.2017, 1.

¹⁴⁶ Üüriivaidluste lahendamise seadus. – RT I 2003, 15, 86.

¹⁴⁷ RKPJKo nr 3-4-1-7-08, p 33.

¹⁴⁸ U. Lõhmus. Põhiseaduse § 146 kommentaar, komm 7-8.

vastu võtmast õigustloovaid akte ning parlamendil on võimalus kohtu kujundatud õiguslikku korda muuta.

Võimude lahususe teise süsteemi ehk valdavussüsteemi järgi sõltuvad kõrgemad organid ühest kesksest organist, millega tagatakse ühtne ja ühesuunaline poliitiline joon. Samal põhjusel on süsteem avatud ka suuremal määral autoritaarsuse tekkele. Tasakaalusüsteemis on kõrgemad organid üksteisest funktsionaalselt vastastikuses sõltuvuses, millega tagatakse teineteise vastastikune piiramine ja tasakaalustamine.¹⁴⁹ Seega ongi tasakaalusüsteemi eesmärgiks vältida vaid ühesuunalise poliitilise joone teke.

PS § 4 sõnastusest tuleneb selgelt, et lahusolevad võimuharud tegutsevad tasakaalustatuse põhimõttel. Riigikohus on võimude tasakaalustatuse osas selgitanud, et selle põhimõtte järgi peavad riigivõimu osad demokraatia ja seaduslikkuse printsiibi tagamiseks olema vastandlike huvidega.¹⁵⁰ Samas on ka nähtud, et tasakaalustatuse mehhanismi puudulikkusest, juhuslikkusest ning süsteemi lünklikkusest tulenevalt on Eestis suundumus pigem valdavussüsteemi poole, kuivõrd Riigikogul on võimalik otsustada rahvahääletuse korraldamise üle, nimetada ametisse suur hulk kõrgemaid riigiametnikke, valida Vabariigi President jne.¹⁵¹ Valdavussüsteemist suurema tasakaalustatuse poole saab aga liikuda kas parlamendi võimu vähendades või teiste võimuharude võimu suurendades. Kui leida, et parlamendi laia pädevuse tõttu on oht kalduda valdavussüsteemi, mitte põhiseaduses sätestatud tasakaalusüsteemi, võib leida, et kohtute suurem sekkumine parlamendi töösse tasakaalu saavutamise eesmärgil on õigustatud.

Samuti ei saa öelda, et kohtud üksnes suurendavad enda mõjuvõimu teiste võimuharude arvelt. Nimelt tuleb märkida, et kohtud ei laienda otsustega üksnes enda võimuvolitusi, vaid on enda võimuvolitusi ka piiranud, määrates parlamendi laia otsustuspädevuse teatud küsimustes.¹⁵² Samuti on kohtu ülesandeks selgitada parlamendi ja täitevvõimu omavahelist pädevusjaotust.¹⁵³

Samas ei saa võimude lahususe printsiibi riivet näha ohutuna. USA praktikast tuuakse õiguskirjanduses sageli näide selle kohta, kuidas Ülemkohus kuulutas 1930-date lõpus kehtetuks mitmeid õigusakte, mis olid Franklin D. Roosvelti majanduskriisi leevendamiseks loodud *New Deal* reformide kava osaks.¹⁵⁴ Selle tulemusel seadusandja ja kohtute vahelised

¹⁴⁹ R. Maruste, H. Schneider, lk 65.

¹⁵⁰ RKPJKo nr III-4/1-6/1994, p 2.

¹⁵¹ R. Maruste, H. Schneider, lk 65.

¹⁵² Nt RKPJKo nr 3-4-1-9-03, p 21; RKHKO nr 3-3-1-65-03, p 14; RKPJKo nr 3-4-1-7-03, p 15.

¹⁵³ Nt RKPJKo nr 3-4-1-10-02, p-d 24 ja 25.

¹⁵⁴ A. J. Mikva, J. Bleich. When Congress Overrides the Court. – California Law Review 1991. Vol. 79, Iss. 3, p 734 jj.

pinged kasvasid ning päädisid lõpuks olukorraga, kus kaaluti seadusandja poolt oluliste kohtureformide läbi viimist, mille käigus oleks kohtu võimu oluliselt piiratud või muudetud seadusandjale „sõbralikumaks“. Reformid nägid ette muuhulgas põhiseaduslikkuse järelevalve õiguse piiramist ning kohtunike arvu suurendamist selleks, et täita vabanevad ametikohad seadusandjale sobivate isikutega ning vältida seeläbi kohtu poolt reformide läbiviimise takistamist.¹⁵⁵ Seega tuleb kohtul seadusandja töömaale sekkudes tajuda piiri, milleni kohus võib seadusandja ülesannetesse sekkuda, seeläbi, kas seadusandja võiks konkreetse otsuse tulemusel olla huvitatud kohtuvõimu piiride ahendamiseks.

3.2. Kohtute legitimaatsiooni puudumine

3.2.1. Normatiivne legitimaatsioon

Kohtulikule aktivismile heidetakse paljude autorite poolt ette kohtute puudulikku legitimaatsiooni. Ruth Gavison on leidnud, et mida enam kaldub kohus kõrvale oma peamisest funktsioonist ehk õiguse rakendamisest, seda enam haavatavamaks muutub kohus rünnakute suhtes enda legitiimsusele.¹⁵⁶ Samuti on Michael J. Perry legitimaatsiooni puudumise kontekstis küsinud „*Mis õigusega poliitilisele vastutusele võtmise suhtes immuunsed kohtud kehtestavad oma väärtuseid majoritaarses demokraatlikus protsessis?*“¹⁵⁷ Kuigi mõlemad autorid räägivad kohtute legitiimsusest, on nende probleemikäsitlused üsna erinevad. Kui Gavison viitab kohtute legitiimsuse vähenemisele või haavatavusele, siis Perry seisukoht viitab justkui kohtu legitiimsuse ebapiisavusele. Kohtute legitiimsusest rääkides on esmalt oluline selgitada, et legitiimsus on mitmetähenduslik mõiste. Lähenemisest legitiimsusele ja defineerimisest võib oluliselt sõltuda legitiimsuse hindamise lõpptulemus, kuna ühe lähenemise järgi võib organi või isiku otsus olla legitiimne ning teise järgi mitte.

Esiteks võib legitiimsust käsitleda normatiivsest küljest ehk legitiimsust defineerida kui normatiivsete reeglite järgimist. Kontseptsiooni järgi on otsus legitiimne, kui organ või isik, kes otsuse vastu võtab, on võimu teostamiseks läbinud korrektselt võimule saamiseks vajaliku seadusliku tee. Normatiivne lähenemine keskendub seega organi või isiku formaalsetele

¹⁵⁵ Samas, p 738

¹⁵⁶ R. Gavison, p 216.

¹⁵⁷ M. J. Perry. Judicial Activism. – Harvard Journal of Law & Public Policy 1984. Vol. 7, Iss. 1, p 72.

omadustele ning selle järgi on organi või isiku legitiimsus seotud viisidega, kuidas ta oma võimu teostab.¹⁵⁸

Teine käsitlus legitiimsusest on empiiriline. Käsitlus keskendub sellele, kuidas isikud suhtuvad organisse või isikusse, kes otsuseid vastu on võtnud. Samuti huvitub teooria sellest, mis mõjutab inimesi organi või isiku vastu võetud otsusega nõustuma.¹⁵⁹ Otsuse legitiimsus sõltub sellest, kuidas isikud vastu võetud otsusesse suhtuvad – mida tugevam on isikute toetus otsusele, seda tugevam on selle legitiimsus.

Normatiivse lähenemise puhul sõltub otsuse legitiimsus organist, kes otsuse teeb. Nimelt on lõppastmes organi või isiku otsustada, kas ja kuivõrd ta otsuse tegemisel formaalseid reegleid järgib või mitte. Otsustav organ või isik teab või vähemalt peab teadma otsuse tegemise reegleid ning et nende reeglite järgimata jätmise tulemuseks on otsus, mis ei ole legitiimne. Empiirilise lähenemise korral sõltub otsuse legitiimsusest nendest, kelle üle võimu teostatakse. Eelkõige on seda võimalik hinnata isikute suhtumise kaudu tehtud otsusesse või organisse või isikusse, kes on otsuse teinud.

Esmalt analüüsin kohtute legitiimsust normiloome kontekstis just normatiivses tähenduses. On selge, et nn „majoritaarsele demokraatlikule protsessile“, mida ka meie põhiseadus endas kannab, on omane legitimaatsiooni vahendamine parlamendi kaudu ülejäänud riigiparaadile. Küsimus on vaid selles, millise legitimaatsiooniastmega riigorganile me pädevusi anname ning milliseid otsuseid tohib volitatud organ vastu võtta. Nimelt demokraatia põhimõtte järgi mida olulisem on vastu võetav otsus, seda tugevam ja otsesem peab olema legitimaatsioon organi ja rahva vahel.¹⁶⁰ Seega mida olulisem on vastu võetav otsus, seda vähem legitimaatsiooniastmeid peab olema rahva ja otsust vastu võtva organi vahel.

Pädevuse jagamise ja vahendamise juures on oluline, et Riigikogu funktsioonideks on lisaks seadusloomele, parlamentaarsele kontrollile ja protsesside avalikustamisele ka riigorganite mehitamine.¹⁶¹ Riigorganite mehitamine toimub legitimaatsiooniketi põhimõttel, mille järgi kõik riigorganid peavad võrsuma suverääni ehk rahva tahtest. Legitimaatsioonikett saab alguse vabadest valimistest, kus rahvas valib Riigikogu liikmed. Riigikogu on ka ainsaks riigorganiks, millel on otsene legitimaatsioon, mistõttu on tal ka õigusloome eelisõigus.¹⁶² Samas on

¹⁵⁸ A. McCullough. *The Legitimacy of States and Armed Non-State Actors: Topic guide*. – University of Birmingham. Birmingham: GSDRC 2015, p 7.

¹⁵⁹ Samas, p 8.

¹⁶⁰ T. Annus. *Riigiõigus*. Tallinn: Juura 2006, lk 48.

¹⁶¹ A. Mõttus jt. *Põhiseaduse § 59 kommentaarid*, komm 2.

¹⁶² Samas, komm 5

Riigikohus leidnud, et PS §-s 59 sätestatud eelisõigus ei tähenda, et üldkohustuslikke käitumisnorme kehtestaks üksnes seadusandja, kellel on rahva otsene legitimaatsioon.¹⁶³

Kaudse legitimaatsiooni kaudu on õigustloovate aktide väljaandmise pädevus sõnaselgelt PS-s sätestatud § 87 p-s 6 ja antud seal Vabariigi Valitsusele määruste ja korralduste andmise kaudu, samuti § 94 lg-s 2 ministrile määruste andmise kaudu, lisaks ka PS § 78 p 7 järgi Vabariigi Presidendile seadluste andmise kaudu. Riigikohus on leidnud, et normilooomeõigus on ka organitel, millele põhiseadus seda *expressis verbis* ei anna. Selline õigus norme luua võib tuleneda organi põhiseaduslikust staatusest. Põhiseaduslikust staatusest tulenevalt on normilooomeõigus tuletatud kohalikule omavalitsustele, kuivõrd vastasel korral ei oleks kohalikel omavalitsustel võimalik realiseerida oma PS § 154 lg-s 1 sätestatud enesekorraldusõigust. Autonoomsusest ja enesekorralduseõigusest tulenevalt on normilooomeõigus ka ülikoolidel ja teadusasutustel.¹⁶⁴

Normilooomepädevus võib aga Riigikohtu hinnangul olla ka avalik-õiguslikel juriidilistel isikutel, kelle autonoomia ei tulene otseselt põhiseadusest. Normilooomefunktsiooni delegeerimiseks peab aga sellisel juhul esinema kaalukas põhjus, milleks võib olla näiteks detsentraliseerimine. Selle õigustuseks võib olla asjaolu, et avalik-õiguslik juriidiline isik on asjaomases valdkonnas võimu teostamiseks kõige kompetentsem.¹⁶⁵ Samas ei tohi kohtuotsuse järgi põhiseaduses nimetamata organile delegeerida mistahes küsimuse otsustamist – delegeerida saab üksnes neid küsimusi, mida parlamendireservatsiooni ehk olulisuse põhimõtte kohaselt ei ole kohustatud tegema seadusandja.¹⁶⁶ Samas on Riigikohus oma otsusega näidanud, et legitimaatsioon ei pea normilooomeks olema vahetu, vaid võib olla ka võrdlemisi kaudne – teisiti ei saa hinnata avalik-õigusliku juriidilise isikule juhatusele normilooomefunktsiooni delegeerimist.

Riigiorganite legitimeerimist on Riigikohus määratlenud kui põhiseaduse § 1 lg-st 1 ja §-st 10 tuleneva demokraatia põhimõtte kui põhiseaduse aluspõhimõtte realiseerumist.¹⁶⁷ Demokraatia aluspõhimõtte eeldab katkematu legitimaatsiooniketi toimimist, ehk kogu riigiparaat peab olema legitimeeritud kõrgeima riigivõimu ehk rahva poolt.¹⁶⁸ Kuivõrd kohtuvõim on riigiparaadi lahutamatuks osaks, on ka kohtud legitimaatsiooniketi üheks osaks.

¹⁶³ RKÜKo nr 3-2-1-40-15, p 48.

¹⁶⁴ Samas, p 49.

¹⁶⁵ Samas, p 51

¹⁶⁶ Samas, p 53

¹⁶⁷ RKÜKo nr 3-4-1-6-12, p 132.

¹⁶⁸ M. Ernits. Põhiseaduse § 10 kommentaarid, komm 21.

Et kohtutele normiloome kontekstis legitimatsiooni puudumist ette heita, tuleb hinnata, kui vahetu on kohtute legitimatsioon ning võrrelda seda teiste organitega, kelle normiloome pädevust on Riigikohus jaatanud. PS § 65 p 7 järgi on Riigikogu volitusena sätestatud Riigikogu õigus nimetada Vabariigi Presidendi ettepanekul ametisse Riigikohtu esimees. Riigikohtu esimehe ametisse nimetamise korda dubleerib PS § 150 lg 1. Vabariigi Presidendi kaasamise eesmärgiks Riigikohtu esimehe ametisse nimetamisel on vältida Riigikohtu esimehe ametikoha politiseerimist, kus ametikoht sõltuks erakondadevahelistest kokkulepetest.¹⁶⁹ Samas valib Vabariigi Presidendi PS § 79 lg 1 järgi kas Riigikogu või valimiskogu, mis koosneb Riigikogu liikmetest ja kohalike omavalitsuste volikogude esindajatest. Kuivõrd mõlemad Vabariigi Presidendi valivad organid koosnevad valmistel valituks osutunud isikutest, ei täida Vabariigi Presidendi kaasamine Riigikohtu esimehe ametisse nimetamise korda täielikult oma eesmärki vähendada organi politiseeritust, kuna poliitiliste otsuste teel valituks osutunud isikute mõningane politiseeritus on paratamatu. Põhiseaduse kommenteeritud väljaande järgi Riigikohtu esimehe kandidaadi valib Vabariigi President välja „poliitiliste konsultatsioonide tulemusel“.¹⁷⁰

Riigikohtu esimehe kõrge legitimatsiooni tase on oluline, kuna ta mängib olulist rolli kogu ülejäänud kohtunike ametissenimetamisel. Nimelt PS § 150 lg 2 alusel nimetab Riigikogu Riigikohtu esimehe ettepanekul ametisse Riigikohtu liikmed. Riigikohtuniku ametikoht täidetakse madalamate astmete kohtunikest erinevalt. Esiteks kuulutab KS § 53 lg 2 järgi Riigikohtu kohtuniku vaba koha täitmiseks konkursi välja Riigikohtu esimees, esimese ja teise astme kohtunike koha täitmiseks kuulutab konkursi välja valdkonna eest vastutav minister. Teiseks on KS § 52 järgi Riigikohtuniku ametissenimetamise tingimuseks vaid see, et isik oleks kogenud ja tunnustatud jurist, jättes nimetatud isikuomadused täpsustamata. Seega on Riigikohtu esimehel kui valikut tegeval organil ja Riigikogul kui ametisse nimetaval organil lai otsustusruum nende isikuomaduste sisustamiseks.

Esimese ja teise astme kohtunikud peavad sooritama kohtunikueksami, kui nad ei ole sellest vabastatud. Seega hinnatakse erinevalt Riigikohtunikest madalama astmete kohtunike ametisevalimisel ka isikute teadmisi ja nende rakendamise oskusi. Jättes Riigikohtunike puhul need oskused hindamata ja tuginedes ametissenimetamisel vaid isikuomadustele „kogenud ja tunnustatud jurist“, jääb Riigikohtunikele paratamatult enam politiseeritud ametikoha taak, kui esimese ja teise astme kohtu kohtunikele. Samas ei ole Eestis Riigikohtunike

¹⁶⁹ Ü. Madise. Põhiseaduse § 78 kommentaarid, komm 36.

¹⁷⁰ U. Lõhmus. Põhiseaduse § 150 kommentaarid, komm 8.

ametissenimetamise praktikas tulnud ette juhtumeid, kus küsimuse alla oleks seatud kohtunikukandidaadi õigusemõistmise oskused.

Nimelt esimese ja teise kohtuastme kohtunikud nimetatakse PS § 150 lg 3 järgi ametisse Vabariigi Presidendi poolt Riigikohtu ettepanekul. KS § 55 lg 1 täpsustab, et ettepaneku Vabariigi Presidendile teeb kohtunike nimetamiseks Riigikohtu üldkogu, kuulates ära selle kohtu üldkogu arvamuse, kuhu isik kandideerib. KS § 30 lg 1 järgi kuuluvad Riigikohtu üldkogusse kõik riigikohtunikud. Seega esimese ja teise astme kohtunike ametisse nimetamisele eelneb küll kohtunikukandidaatide valik, mis arvestab nende praktilisi oskusi kohtunikutööga hakkamasaamiseks, kuid kohtunike lõplik ametissenimetamine on siiski poliitilise institutsiooni ehk Vabariigi Presidendi funktsioon. Põhiseaduse kommenteeritud väljaande järgi on esimese ja teise astme kohtunike ametisse nimetamisega Vabariigi Presidendi poolt poliitilised kaalutlused välistatud, kuna Vabariigi President ei saa nimetada kohtnikuametisse isikut, kelle suhtes ei ole Riigikohus ettepanekut teinud. Samas võib ametisse nimetamata jätmise ähvardusega president avaldada Riigikohtu üldkogule survet vaid endale sobiva kandidaadi esitamiseks.

Kõige selgema normiloo me pädevuse annab põhiseadus Vabariigi Valitsusele ja ministriile määruste ja korralduste andmiseks. Seega võrdlen Riigikohtu legitimatsiooni Vabariigi Valitsuse omaga. Vabariigi Valitsuse ametisse nimetamine saab samuti alguse sarnaselt Riigikohtuga Vabariigi Presidendist, kes PS § 89 järgi määrab peaministri kandidaadi, kellele teeb ülesandeks valitsuse moodustamise. Peaministri kandidaat peab seejärel saama Riigikogult valitsuse moodustamiseks volitused. Riigikogu hääletus volituse andmise kohta toimub pärast ettekannet tulevase valitsuse moodustamise aluste kohta. Volituste andmise üle otsustamine on seega võrreldav Riigikohtu esimehe ametisse nimetamisega.

Peaministri kandidaat peab sarnaselt Riigikohtu esimehega hoolitsema juhitava institutsiooni mehitamise eest. Peaministri kandidaat esitab aga valitsuse koosseisu ametisse nimetamiseks Vabariigi Presidendile. Seega on Vabariigi Valitsuse ministritel kaugem suhe rahvast, kui Riigikohtunikel, kes nimetatakse ametisse Riigikogu poolt. Kohtutest selgelt kõige suurema normatiivse legitimatsiooniga on küll Riigikohus. Samas on ministrite legitimatsioon sarnane madalamate astmete kohtute omale, kuivõrd mõlemad nimetatakse sisuliselt ametisse Vabariigi Presidendi poolt. Seega vähemalt legitimatsiooniketi põhimõttest lähtudes võiks kohtutel olla normiloo me pädevus sarnaselt Vabariigi Valitsusele või ministritele sätestatud tingimustel, Riigikohtul võiks aga pädevust normiloo meks olla isegi enam, kuivõrd erinevalt ministritest on Riigikohtunikud vahetult Riigikogu poolt ametisse nimetatud.

3.2.2. Empiiriline legitiimsus

Empiirilise legitiimsuse käsitluse korral on oluline see, kuidas isikud suhtuvad organisse, kes otsuse vastu võtab. Mida tugevam on isiku toetus otsusele, seda tugevam on otsuse legitiimsus ning lõppastmes otsuse vastu võtnud organi legitiimsus. Empiirilise lähenemise kaudu mõõdetakse kohtute legitiimsust eelkõige kogemuslike uuringutega. Eelkõige uuritakse küsitlustega, kas võimu teostajad käituvad küsitletute hinnangul kõigi isikute huvides ning kas võimu teostajate otsused peegeldavad küsitletute isiklike prioriteete.¹⁷¹ Seega hinnatakse isikute suhtumist organisse või isikusse või nende poolt tehtud konkreetsetesse otsustesse. Empiirilisi uuringuid selle kohta, kuidas inimesed on rahul konkreetsete Eesti kohtute tehtud otsustega, ei ole. Küll aga on tehtud uuringuid selle kohta, kuidas inimesed usaldavad kohtuvõimu ja teisi riigi institutsioone.

Esiteks võib välja tuua Eesti Uuringukeskuse tehtud uuringu menetlusosaliste rahulolu kohta kohtusüsteemiga.¹⁷² Uuringus oli kokku 4 sihtrühma: 1) kohtusse pöördujad; 2) kohtuistungil käinud isikud; 3) kohtuotsuse kätte saanud isikud; 4) advokaadid ja prokurörid. Seega kaasati uuringusse nii professionaalseid menetlusosalisi kui ka mitteprofessionaalseid menetlusosalisi.

Uuringust nähtub, et Eesti kohtusüsteemi peab pigem või väga usaldusväärseks 80% kohtusse hagiavalduse või kaebusega pöördunud isikutest, 83% kohtuistungil osalenutest, 77% kohtuotsuse kätte saanud isikutest ning 88% advokaatidest ja 97% prokuröridest. Varasemalt on sarnane uuring läbi viidud 2013. aastal.¹⁷³ Kuivõrd küsimuse skaalad kohtusüsteemi usaldusväärseuse hindamiseks on esitatud vastanutele kahel uuringul erinevalt, ei ole kogutud andmete omavaheline võrdlemine võimalik ning seega kohtute usaldusväärseuse trendi analüüsida ei saa.

Empiiriline legitiimsus on oluline, kuivõrd suurema ühiskondliku toetusega institutsiooni otsuseid aktsepteerivad isikud parema meelega, kui väiksema toetusega institutsiooni otsuseid. Samuti on empiiriline legitiimsus oluline selle poolest, et suurema toetusega institutsiooni asutakse seda enam tõenäolisemalt rahva poolt kaitsma teiste võimuharude rünnakute eest,

¹⁷¹ A. McCullough, p 25

¹⁷² Eesti Uuringukeskus OÜ. Menetlusosaliste rahulolu kohtusüsteemiga. Uuringu tulemuste kokkuvõte. Oktoober 2017. – Arvutivõrgus: <https://www.riigikohus.ee/sites/default/files/elfinder/%C3%B5igusosalased%20materjalid/Menetlusosaliste%20uuring.pdf> (04.03.2019).

¹⁷³ Turu-uuringute AS. Menetlusosaliste rahulolu kohtusüsteemiga. Küsitlus menetlusosaliste seas. Juuni/August 2013. – Arvutivõrgus: https://www.riigikohus.ee/sites/default/files/elfinder/dokumendid/menetlusosaliste_uuring_kokkuv6te_2013.pdf (04.03.2019).

mida suurem on rünnatava institutsiooni legitiimsus.¹⁷⁴ Mida enam aga institutsioon teeb ühiskonnas levivatele arusaamadele vastuolulisi otsuseid, seda enam väheneb toetus institutsioonile.¹⁷⁵ Seega peab kohus aktivistlikuid otsuseid tehes hindama, kas otsuse tegemine võib tema empiirilist legitiimsust sedavõrd vähendada, et satub ohtu tema piisav empiirilise legitiimsuse tase tagamaks rahva toetust olukordades, kus kohtuvõimu üritatakse teiste võimuharude poolt piirata.

Ükski organ või isik ei saa piisava legitiimsuse olemasolu põhjendada vaid ühe legitiimsuse tahu jaatamisel.¹⁷⁶ Eesti kohtute legitiimsus on nii normatiivsest kui empiirilisest aspektist lähtudes käesoleva töö autori hinnangul hea. Esiteks on kohtute legitimatsiooniate võrreldav Vabariigi Valitsuse ja ministrite omaga, kuivõrd mõlemal on rahvalt saadud legitimatsioon sarnane. Seega ei saa Eestis väita, justkui asuksid Vabariigi Valitsuse liikmed rahvale lähemal, kui kohtunikud, mistõttu on neil suurem normiloomepädevus. Teiseks on kohtute usaldusväärsus Eesti kohtusüsteemi suhtes võrdlemisi kõrge, mis on vajalik olukordades, kus teiste võimuharude poolt üritatakse kohtuvõimu piirata. Oluline on, et kohtuvõim seda legitiimsust aktivistlike otsustega ei diskrediteeriks.

3.3. Enamuspõhimõtte rikkumine

3.3.1. Enamuspõhimõtte kui demokraatia printsiibi osa

Riigikohtu üldkogu on selgitanud, et „[D]emokraatia on esindusdemokraatia, kus riigivõim kuulub küll rahvale, kuid riigivõimu teostavad rahva volitused erinevad riigiorganid.“¹⁷⁷ Nimelt PS § 1 lg 1 järgi on kõrgeima riigivõimu kandja rahvas, mida rahvas teostab riigivõimu PS § 56 kohaselt hääleõiguslike kodanike kaudu Riigikogu valimistel või rahvahääletustel. Seega ei teosta rahvas talle põhiseaduse järgi kuuluvat riigivõimu ise, vaid representantide kaudu.¹⁷⁸ PS §-st 60 tulenevalt valitakse Riigikogu liikmed proportsionaalsuse põhimõtte alusel, mille järgi parlamendi koosseis peegeldab valimispäeval väljendatud kodanike soovi selle kohta, kuidas tuleks riigivõimu teostada. Sellest tulenevalt enamuspõhimõtte tähendab seda, et seadusandliku

¹⁷⁴ E. Voeten. Public Opinion and the Legitimacy of International Courts. – Theoretical Inquiries in Law 2013. Vol. 13, Iss. 2, p 411.

¹⁷⁵ Samas, p 416.

¹⁷⁶ OECD. Development Co-operation Directorate. The State's Legitimacy in Fragile Situations. Unpacking Complexity. OECD 2010. P 26. – Arvutivõrgus: https://read.oecd-ilibrary.org/development/the-state-s-legitimacy-in-fragile-situations_9789264083882-en (05.03.2019)

¹⁷⁷ RKÜKo nr 3-4-1-6-12, p 132

¹⁷⁸ M. Ernits, Põhiseaduse § 10 kommentaarid, komm 19.

kogu poolt vastu võetud õigusaktid on *prima facie* legitiimsed, kuna need on „demokraatliku protsessi viljad ja enamuse tahe“ (inglise keeles „*the fruit of democratic process and majority will*“).¹⁷⁹

Enamuspõhimõtte rikkumine seisneb seega selles, kui kohus astub vastupidiseid samme sellele, milles parlament enamuspõhimõttest lähtudes on saavutanud hääletuse läbi kokkuleppe. Eelkõige toimub enamuspõhimõtte rikkumine siis, kui kohus tühistab seadusandja poolt välja antud õigustloova akti, mis on läbinud kohase seadusandliku menetluse. Õiguskirjanduses on öeldud, et kui kohus tunnistab seaduse või määruse, mis on vastu võetud valitud võimu poolt, põhiseadusega vastuolus olevaks, siis see nurjab rahva ja nende esindajate tahte. Veelgi enam, sellisel juhul ei teosta kohus kontrolli rahva enamuse huvides ja nimel, vaid vastupidiselt rahva huvide vastaselt.¹⁸⁰

Üheks enamuspõhimõtte rikkumist õigustavaks argumendiks on, et kohtute õigus teiste võimuharude õigusakte tühistada tuleneb sügavamast enamuse eelistusest, mis avaldub enamasti põhiseaduses või sotsiaalsete väärtuste sügavamates kihtides, mida kohtud jõustavad vaatamata poliitiliste võimuharude tahtele.¹⁸¹ Seega ei teosta kohtud mitte kvaasiseadusandlikku võimu, vaid jõustavad olemasolevaid printsiipe. Teiseks leitakse, et kohtud, muutes seadusandliku kogu poolt vastuvõetud otsuseid mitte ei nõrgenda, vaid edendavad demokraatiat, „lüües kaardid segi“, et põhimõtteid korrastades leitaks läbimõeldult parim võimalik lahendus.¹⁸²

Samuti on enamuspõhimõtte vaid üks demokraatia printsiipidest. Printsiipidele on omane, et neil on olulisuse dimensioon. Seetõttu tuleb vastastikuseid printsiipe kollisiooni korral lahendamiseks omavahel kaaluda.¹⁸³ Enamuspõhimõtet piirabki eelkõige põhiseaduses demokraatia kaitseks sätestatud vähemuse kaitse printsiip.¹⁸⁴ Kirjanduses tuuakse välja, et vaja ei ole muretseda seadusandluse enamuspõhimõtte pärast, vaid enamuse ohu üle vähemuste

¹⁷⁹ G. J. Chin, R. Wagner. *The Tyranny of the Minority: Jim Crow and the Counter-Majoritarian Difficulty*. – Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review 2008. Vol. 43, No 1, p 67.

¹⁸⁰ A. M. Bickel. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. New Haven: Yale University Press 1986, p 16.

¹⁸¹ R. Gavison, p 222.

¹⁸² P. S. Karlan. *Electing Judges, Judging Elections, and the Lessons of Caperton*. – Harvard Law Review 2009. Vol 123, No. 1, p 95.

¹⁸³ M. Ernits. Põhiseaduse § 10 kommentaarid, komm 3.

¹⁸⁴ Samas, komm 20.

õigustele.¹⁸⁵ Seega ei saa enamuspõhimõte olla parlamendi õigustuseks ükskõik millise otsustuse vastuvõtmiseks, vaid enamuse otsustega ei tohi ülemääraselt riivata vähemuse huve.

Rahvas ei ole põhiseaduse vastuvõtmisel andnud ühele või teisele printsiibile eelisseisundit. Põhiseaduses sätestatud väärtused ei moodusta hierarhiat, vaid need asuvad ühel tasandil. Konkreetse olukorra lahendus sõltub õigusväärtuste omavahelisest kaalumiseest. Sellise kaalumise teel selguvad konkreetsetes situatsioonides põhiseaduse olulisemad ja vähem olulisemad väärtused ning konkreetsete kaasuste lahendamisel moodustub põhiseaduslik väärtuskord.¹⁸⁶ Selliste väärtuste kaalumise pädevus ja kehtestatud regulatsiooni konflikti korral väärtuskorraga regulatsiooni kehtetuks tunnistamise pädevus on antud Riigikohtule põhiseaduslikkuse järelevalve menetluse näol. Põhiseaduse vastuvõtmisega on rahvas tunnustanud, et „põhiseaduslikkuse küsimuses ei ole parlament enda üle lõplik kohtumõisija“¹⁸⁷. Sellega on rahvas põhiseaduse vastuvõtmisega jaatanud just kohtuvõimu õigust otsustada erinevate printsiipide kaalude üle ja olla seeläbi põhiseadusliku väärtuskorra kujundajaks.¹⁸⁸

3.2.2. Konstitutsiooniline dialoog

Kriitikud on aga leidnud, et kohtutel ei tohiks olla väärtuskorra kujundaja rolli, kuivõrd poliitikakujundamine peaks olema parlamendi kui rahvalt otsese legitiimsuse saanud organi ülesanne.¹⁸⁹ Kahte seisukohta, milles ühe järgi on väärtuskorra kujundajate roll kohtutel ning teise kohaselt parlamendil, on püüdnud ühendada konstitutsioonilise dialoogi teooria (inglise keeles „*constitutional dialogue theory*“). Selle teooria järgi on väärtuskorra kujunemine protsess, milles väärtuskorra kujundamises osalevad institutsioonid üksteisega vastastikku suheldes kujundavad väärtuskorda otse või kaudselt, seda näiteks kohtuotsuste ja nende mõjutustel välja antavate õigusaktide kaudu.¹⁹⁰ Teoriast tulenevalt kannavad nii kohtud kui seadusandja vastutust väärtuskorra kujundamises.

¹⁸⁵ A. C. Barrett. Countering the Majoritarian Difficulty. – Constitutional Commentary 2017. Vol 32, No. 1. University of Minnesota Law School 2017, p 63.

¹⁸⁶ M. Ernits. Põhiseaduse 2. peatüki sissejuhatuse kommentaarid, komm 2.

¹⁸⁷ U. Lõhmus. Põhiseaduse § 149 kommentaarid, komm 18.

¹⁸⁸ E. L. Rubin, M. M. Feeley, p 618.

¹⁸⁹ L. B. Tremblay. The legitimacy of judicial review: The limits of dialogue between courts and legislatures. – Oxford University Press and New York University School of Law 2005, Vol. 3, No. 4, p 622.

¹⁹⁰ A. Mauwese, M. Snel. Constitutional Dialogue: An Overview. – Utrecht Law Review 2013. Vol. 9, Iss. 2, p 126.

Samas on seadusandjal ja kohtul enda olemusest tulenevalt erinev roll väärtuskorra kujundamisel. Kohtu ja seadusandja vahel toimub dialoog seeläbi, et kohus kas põhiseaduslikkuse järelevalve menetluses või õigusormi tõlgendades jõuab teatud lahenduseni ning seadusandja asi on otsusele reageerida – kas otsusega nõustuda või astuda samme otsuses väljendatud põhimõtete muutmiseks.¹⁹¹ Seega on kohtu rolliks seadusandjat dialoogile kutsuda ning seadusandja ülesandeks anda hinnang kohtu poolt kujundatud väärtuskorrale.

Kirjanduses on märgitud, et sõna „dialoog“ kasutamine kohtu ja seadusandja vahel olevas suhtes ei pruugi olla asjakohane, kuna kohtu ja seadusandja vahel on justkui subordinatsioonisuhe – kohtu otsustada on, mida põhiseadus nõuab, ning seadusandja ülesanne on seda järgida.¹⁹² Dialoogi eelduseks on aga see, et partnerid on võrdsed.¹⁹³ Teiselt poolt leitakse, et kui kohtuotsus on avatud seadusandjapoolsele tühistamisele, muutmisele või on võimalik kohtuotsusest seadusandjal mööda minna, saab rääkida kohasest dialoogist.¹⁹⁴ Seega sõltub dialoogi võimalikkus sellest, mil määral saab seadusandja kohtu otsust muuta.

Sellest tulenevalt jagatakse põhiseaduslikkuse järelevalve tugevaks ja nõrgaks. Tugeva (*strong-form judicial review*) põhiseaduslikkuse järelevalve puhul on kohtutel võimalik seadusandlike akte tühistada ning seadusandjal on tühistamisele keeruline vastata – seda nii põhiseaduse muutmise võimaluste piiratuse tõttu aga ka ühiskondlike traditsioonide tõttu, kus ühiskonnas on juurdunud komme kohtuotsuseid järgida ja kaitsta. Sellise näitena tuuakse USA-d. Nõrga (*weak-form judicial review*) põhiseaduslikkuse järelevalve puhul on kohtutel piiratud võimalused seadusandlike aktide tühistamiseks või on seadusandjatel õigus kohtute poolt õigusaktide tühistamine ümber vaadata. Viimase näiteks tuuakse Kanada põhiseaduse regulatsiooni.¹⁹⁵

Nimelt on Kanada põhiseaduses säte, mis sõnaselgelt võimaldab parlamendil või teistel õigustloovatel organitel teatud põhiseaduses sätestatud vabadustele tuginedes tühistada kuni viieks aastaks põhiseaduslikkuse järelevalve menetluses tehtud otsuse.¹⁹⁶ Viieaastane tähtaeg on seatud selleks, et järgmisel seadusandjal oleks võimalik tehtud otsus üle vaadata või uuesti

¹⁹¹ Seadusandja võimaluste kohta kohtuotsust ümber vaadata vt käesoleva töö p 2.1.3.

¹⁹² P. W. Hogg, A. A. Bushell. The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures. (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All). – Osgoode Hall Law Journal 1995. Vol. 35, No. 1, p 79.

¹⁹³ A. Mauwese, M. Snel, p 126.

¹⁹⁴ P. W. Hogg, A. A. Bushell, p 79.

¹⁹⁵ M. Tushnet. Judicial Activism or Restraint in a Section 33 World. – The University of Toronto Law Journal 2003. Vol. 53, No. 1, p 89.

¹⁹⁶ L. B. Tremblay, p 618. Kanada põhiseaduse õiguste ja vabaduste peatüki artiklit 33 nimetatakse ka „sellest hoolimata“ klauslikuks ning ka „tühistamisklauslikuks“ (inglise keeles „*notwithstanding clause*“ ja „*override clause*“). Vt ka M. Tushnet. Dialogic Judicial Review. – Arkansas Law Review 2008. Vol. 61, No. 2, p 205.

kinnitada. Kuigi Kanada põhiseaduses on seadusandjale põhiseaduslikkuse järelevalve käigus tehtud kohtuotsuses sätestatud ulatuslik võimalus kohtuotsuse mõju tühistada, ei tähenda see seda, et konstitutsioonilisest dialoogist ei saa rääkida teiste riikide puhul, kelle põhiseadustes taolist võimalust sõnaselgelt ette ei nähta.

Eelkõige tuleneb võimalus dialoogiks ka põhimõttest, mille järgi on seadusandjad õigustatud piirama isikute õigusi ja vabadusi lähtudes proportsionaalsuse printsiibist.¹⁹⁷ Kohus üldjuhul sõnastab põhiseaduslikkuse järelevalve käigus piirid, millest tuleb seadusandjal lähtuda. Eestis ei ole seadusandjal võimalik Kanada regulatsiooniga sarnaselt põhiseaduslikkuse järelevalve otsusega otseselt vastuolu minna ning võtta vastu samasugust õigusnormi, mis on põhiseaduslikkuse järelevalve menetluses tühistatud. Teisisõnu seaduse uuesti vastuvõtmisega ei saa mööda minna kohtu poolt tuvastatud vastuolust põhiseadusega. Seega saab öelda, et Eestis on tugev põhiseaduslikkuse järelevalve ning seadusandjal ei ole võimalik kohtu poolt muudetud regulatsioon igal juhul tagasi pöörata.

Tugeva põhiseaduslikkuse järelevalve puhul saab konstitutsioonilist dialoogi näha eelkõige selles, et seadusandja peab enda poliitika elluviimiseks leidma alternatiivseid meetodeid. Õigusriigi põhimõttest tulenevalt ei ole seadusandjal võimalik kohtu poolt kehtetuks tunnistatud normi uuesti samal kujul vastu võtta, kuid siiski saab jaatada seadusandja võimalust kohtu poolt loodud regulatsiooni muuta. Muudatused õigusnormi kehtetuks tunnistamise tagajärjel tekkinud regulatsioonis on võimalikud, kui need ei too endaga kaasa taaskord põhiseadusvastast olukorda. Õigusnormi kehtetuks tunnistamise tagajärjel ei kehtestata kohtu poolt ainsat võimalikku põhiseaduspärast olukorda, vaid mööndakse üksnes kehtinud seaduse mõjul tekkinud põhiseadusvastast olukorda, mis tuleb likvideerida. Seega ei piira normi põhiseadusvastaseks kuulutamine ja tühistamine kui selline iseenesest seadusandja võimalusi teha valdkonnas poliitilisi valikuid.

Sellise konstitutsioonilise dialoogi üheks positiivseks küljeks saab pidada asjaolu, et seadusandja peab uut õigusnormi vastu võttes põhjalikumalt kaaluma põhiseaduses sisalduvaid väärtusi ning tõlgendust, mille kohus on neile juba andnud. Seega võib öelda, et seadusandlik protsess on tõenäoliselt põhjalikum ja enam kaalutletum, kuna esile võivad kerkida ka asjaolud, mida seadusandja ilma kohtuotsuseta ei oleks õigusakti vastu võttes varem arvesse võtnud või

¹⁹⁷ L. B. Tremblay, p 619.

mille arvesse võtmise vältimine oligi seadusandja eesmärgiks.¹⁹⁸ Seega saab öelda, et kohtute poolt algatatud konstitutsioonilise dialoogi kaudu paraneb seadusandliku kogu töö kvaliteet.

Viimaks võib konstitutsioonilise dialoogi tulemuseks olla ka see, et ühiskonnas nähakse vajadust muuta põhiseadust. Nimelt võib esineda põhiseaduse muutmise vajadus, kui seadusandja näeb enda poliitika elluviimise ainsa võimaliku viisina kohtu poolt põhiseadusvastaseks tunnistatud õigusnormi kehtestamist. Põhiseaduse muutmine on PS § 163 kohaselt võimalik kas rahvahääletusel, Riigikogu kahe järjestikuse koosseisu poolt või Riigikogu poolt kiireloomulisena. Rahvahääletusel peab põhiseaduse muudatusettepanek saama hääletanute enamuse toetuse. Riigikogu kahe järjestikuse koosseisu puhul peab muudatusettepanek saama esimese koosseisu häälteenamuse ning teise koosseisu puhul kolmeviieendikulise häälteenamuse. Kiireloomulisena saab põhiseaduse muudatuse võtta vastu Riigikogu neljaviieendikulise häälteenamusega. Kuivõrd põhiseaduse muutmine eeldab olulist konsensust ühiskonnas või rahvaesindajate hulgas, saab öelda, et kohus täidab sellisel juhul konstitutsioonilise dialoogiga ka enamuspõhimõtte realiseerumist, kuna kehtetuks tunnistatud poliitikat saab realiseerida üksnes rahva olulise toetuse korral.

3.4. Kohtuliku aktivismi negatiivsete mõjude vähendamise võimalustest

3.4.1. Kohtunike valimine otse rahva poolt

Eestis on kohtunike valitavaks muutmise küsimus jõudnud päevapoliitikasse ja on sisaldunud ka parlamendierakonna valimislubadustes. Nimelt on Eesti Konservatiivne Rahvaerakonna volikogu võtnud vastu avalduse justiitsreformi läbi viimiseks.¹⁹⁹ Avalduse järgi on kohtunikud viimastel aastatel „aina jultunumalt rünnanud võimude lahususe põhimõtet, võttes endale parlamendi rolli, kehtestades või tühistades seadusi oma poliitilise suva järgi ning eirates rahva arvamust ja kehtivat õiguskorda“ ning viidatakse kohtulikule aktivismile. Esimese seisukohana on leitud, et kohtunikud tuleb seetõttu muuta valitavaks ning nende ametiajad muuta tähtajaliseks. Samuti on erakonna Riigikogu valimiste valimisprogrammis olnud punkt, mille

¹⁹⁸ P. W. Hogg, A. A. Bushell, p 80.

¹⁹⁹ Eesti Konservatiivne Rahvaerakond. Volikogu avaldus: EKRE tahab läbi viia justiitsreformi. 03.06.2018. <https://ekre.ee/volikogu-avaldus-ekre-tahab-labi-viia-justiitsreformi/> (10.04.2019).

järgi soovitakse muuta riigikohtunikud valitavaks, kehtestada kohtunikele tähtajaline ametiaeg ning seada sisse vandemeeste kohus.²⁰⁰

Kohtunike rahva poolt valitavuse pooldajad viitavad, et kohtunike valimine toimub ka USA-s.²⁰¹ Samas tuleb arvestada ka USA kohtusüsteemi eripäraga. Nimelt jagunevad USA-s kohtud föderaalkohtuteks ning osariigikohtuteks. Föderaalkohtunikud esitatakse kohtunikuks presidendi poolt, misjärel peab kandidaadi heaks kiitma Senat. Seega on föderaalkohtunikel sarnaselt Eesti kohtunikega vahendatud legitimaatsioon. Samuti nimetatakse föderaalkohtunikud ametisse eluaegsetena. Osariigikohtunike ametisse saamise kord sõltub osariigi enda regulatsioonist ja on osariigiti erinev. Osariigi sees võib samuti erinevatel kohtuastmetel olla erinevad ametisse nimetamise korrad.²⁰² Üheks võimalikuks variandiks on kohtunike valimine otse rahva poolt, kuid esineb ka ametisse nimetamist mõne teise riigiorгани poolt. Ametisse nimetamine võib toimuda nii eluaegselt kui ka määratud ajaks. Esineb ka nende variantide variatsioone, kus näiteks esimese valiku teeb mõni riigiorган, misjärel esitatakse rahvale valimiseks eelkontrolli läbinud kandidaadid.²⁰³ Seega tuleb silmas pidada, et kogu USA kohtusüsteem ei ole legitimeeritud otse rahva poolt.

Kohtunike valimisel otse rahva poolt nähakse positiivse küljena eelkõige kohtute normatiivse legitiimsuse suurenemist. Nimelt leitakse, et kui demokraatia printsiibist lähtudes peaks võimuorganid valima need, kelle üle võimu teostakse, siis peaks sellest printsiibist lähtuma seda enam, mida suuremat võimu organ omab.²⁰⁴ Samuti leevendab kohtunike valimine otse rahva poolt enamuspõhimõtte rikkumist, kuna sellisel juhul on ka seadusandliku kogu otsuse või loodud poliitika tühistanud organ saanud volituse otse rahvalt. Seega kokkuvõttes on kohtunike valitavuse korral „kohtulik aktivism justkui vähem ohtlik, kuna aktivistid on valitud rahva poolt.“²⁰⁵

Arvestades, et kohtuvõimul on õigus tühistada otse rahva poolt valitud seadusandliku kogu õigustloovaid akte, on võimatu kohtu suurt võimu eitada. Käesolevas töös on varem selgitatud,

²⁰⁰ EKRE programm 2019. aasta Riigikogu valimisteks. Arvutivõrgus: <https://www.ekre.ee/ekre-programm-riigikogu-valimisteks-2019/> (10.04.2019)

²⁰¹ Uued Uudised. Martin Helme: kohtunike, prokuratuuri ja kohtutäiturite üle tuleb kehtestada järelevalve. Arvutivõrgus: <https://uueduudised.ee/arvamus/martin-helme-kohtunike-prokuratuuri-ja-kohtutaiturite-ule-tuleb-kehtestada-jarelevalve/> (10.04.2019)

²⁰² Vt ka interaktiivset kaarti kohtunike ametisse nimetamise kordade kaupa, kust nähtuvad ka erisused kohtuastmete kaupa. Brennan Center of Justice. Judicial Selection: An Interactive Map. Arvutivõrgus: <http://judicialselectionmap.brennancenter.org/?court=Supreme> (12.04.2019)

²⁰³ Föderaal- ja osariigikohtute võrdlemiseks vt: Comparing Federal & State Courts. United States Courts. Arvutivõrgus: <https://www.uscourts.gov/about-federal-courts/court-role-and-structure/comparing-federal-state-courts> (11.04.2019)

²⁰⁴ D. E. Pozen. The Irony of Judicial Elections. – Columbia Law Review 2008. Vol. 108, No. 2, p 273.

²⁰⁵ Samas, p 325

et kohus saab õiguskorda muuta lisaks põhiseaduslikkuse järelevalve menetlusele ka teiste institutsioonivälise aktivismi, aga ka institutsioonisisese ja otsustusprotsessi aktivismi liikide kaudu. Samuti leitakse, et kohtud otsustavad tihti küsimuste üle, milles on ühiskonnas vastandlikud arusaamad ning teravad lõhed ning mille osas ei ole seetõttu ka seadusandlikus kogus üksmeelt.²⁰⁶ Seega on kohtutel oluliselt laiem roll, kui pelgalt õiguse mehaaniline rakendamine. Samuti tuleb nõustuda väitega, mille järgi „kui kohtud on pelgalt „seaduse suuvoodrid“, siis kohtunike valimisel oleks vähe poliitilisi tagajärgi ning ei oleks alust rääkida kohtunike valimise vajalikkusest.“²⁰⁷ Sellest tulenevalt saab leida, et kohtute vahetu suurem legitiimsioon on vajalik, et see vastaks nende tegelikule rollile ühiskonnas ning peegeldaks rahva tahet.²⁰⁸

Kohtunike valitavuse puhul saab peamise probleemina aga näha seda, et kohtunikud peavad asuma ametisse saamiseks kampaaniat tegema. Esiteks tähendab kampaanias osalemine enda vaadete tutvustamist valijatele. Kuivõrd kohtunike valimise eesmärgiks on nende legitiimsuse suurendamine võimalike ühiskondlike muutuste elluviimisel, tähendab see paratamatult ka ühiskonnas teravamates küsimustes seisukoha võtmist. Samas peab kohtunik olema poliitiliselt sõltumatu. Eesti kohtunike eetikakoodeksi²⁰⁹ p 7 sätestab, et kohtunik peab hoiduma poliitilisest tegevusest ja poliitilist poolehoidu väljendavatest seisukohtadest. Samuti kohtunike politiseerumise vältimiseks ei tohi kohtunikud olla KS § 49 lg 2 p 2 kohaselt ka erakonna liikmeks. Seega ei ole kampaania tegemine Eestis praegu kehtiva reeglistiku kohaselt kohtunikele olemuslikult omane.

Teiseks saab näha ohtu kampaania tegemise kulukuses, millest tulenevalt võib piisava raha olemasolu mängida olulist rolli kohtuniku ametisse saamisel. Näiteks kulutati aastatel 2000–2007 USA-s osariikide ülemkohtunike valimistel kampaaniatele üle 168 miljoni dollari, mis oli kaks korda enam, kui kohtunike valimiste kampaaniates 1990-datel kokku.²¹⁰ Seega on aja jooksul kampaaniakulud oluliselt kasvanud. USA uuringutest nähtub, et suurem osa kohtunike valimiskampaania rahastusest tuleb annetustest, millest omakorda enamuse osa moodustavad juristide, lobistide ja ärihuve omavate isikute annetused.²¹¹ Paratamatult saab selles näha ohtu

²⁰⁶ D. B. Wilson. Electing Federal Judges and Justices: Should the Supralegislators Be Accountable to the Voters. – Creighton Law Review 2006. Vol. 39, Iss. 3, p 695.

²⁰⁷ D. Adamany, P. Dubois. Electing State Judges. Wisconsin Law Review 1976. No 3, p 736.

²⁰⁸ D. E. Pozen, p 276

²⁰⁹ Eesti kohtuniku eetikakoodeks. Arvutivõrgus: <https://www.kohus.ee/et/eesti-kohtunikud/eesti-kohtuniku-eetikakoodeks> (12.04.2019).

²¹⁰ M. S. Kang, J. Shepherd. The Partisan Price of Justice: An Empirical Analysis of Campaign Contributions and Judicial Decisions. – New York University Law Review 2011. Vol. 86, No. 1, p 71.

²¹¹ A. Bannon, C. Lisk. P. Hardin. Who Pays for Judicial Races? The Politics of Judicial Elections 2015-2016. – Brennan Center for Justice at New York University School of Law, p 10. Arvutivõrgus:

kohtuniku erapooletusele, kui kohus peab hakkama menetlema kohtuasja, kus menetlusosaliseks on tema kampaania rahastaja.

Kampaania rahastamise küsimus huvigruppide poolt ei ole pelgealt teoreetiline probleem, vaid on jõudnud ka USA Ülemkohtu praktikasse, kui otsustati kohtuasja *Caperton v. A.T. Massey Coal Co.*²¹² üle. Kohtuasjas otsustati algselt kahe ettevõtja vahelise vaidluse üle, kus madalama astme kohus mõistis Capertoni kasuks välja 50 miljoni dollari suuruse kahjuhüvitise. A.T. Massey Coal Co. kaebas kohtuotsuse edasi. Samal ajal, kui vaidlus oli kohtuotsuse ootel, toimusid menetlust läbi viivas kohtuastmes kohtunike valimised. A.T. Massey Coal Co. juht asus rahaliselt toetama kohtunikukandidaati, kes lõpuks ka valituks osutus. Kaebus rahuldati lõpuks 3 poolt ja 2 vastuhäälega, kusjuures üheks poolthääletajaks oli ka kohtunik, keda A.T. Massey Coal Co. juht rahaliselt toetas. USA Ülemkohtu ees oli küsimus, kas kõnealune kohtunik oleks pidanud end otsustamisest taandama. Ülemkohtu hinnangul ei olnud oluline tuvastada, kas ja kuidas tema valimiskampaania toetamine kohtuotsust mõjutas, vaid konstitutsioonist tuleneva õiglase menetluse põhimõtte rikkumiseks piisas sellest, kui antud asjaoludel oli alust arvata, et kohtunik võib olla erapoolik.

Nimetatud kohtuotsusest tulenevalt on uuritud ka kohtute suundumust otsustada ärihuvidega isikute huvidest lähtuvalt. Kangi ja Shepherdi läbi viidud uuringu järgi esineb korrelatsioon ärihuvidega isikute rahalise toetuse ja kohtu ärihuvidest lähtuvate isikute kasuks otsustamise vahel.²¹³ Mida enam kohtuniku kandidaate ärihuvidega isikute poolt toetatakse, seda enam otsustavad kohtunikud ärihuvisid soodustavalt.

Lisaks huvigruppidele võivad kampaaniat toetada ka poliitilised parteid. Poliitiliste parteide rahastuse hulk võib oleneda kehtivast kohtunike valimise korrast. Kohtunike valimise puhul eristatakse parteilisi ja mitteparteilisi valimisi (*partisan and non-partisan elections*). Parteiliste valimiste puhul seab kandidaadi üles partei ning valimisedelil on kajastatud kandidaadi parteiline kuuluvus, mitteparteiliste valimiste puhul seda tehtud ei ole. Mitteparteilise süsteemi puhul, kus kandidaadi seos parteiga ei ole selge, võib poliitiliste ühenduste huvi kampaania rahastamiseks olla väiksem, kuid leiab ka näiteid, kus parteid toetavad kandidaati sõltumata valimissüsteemist.²¹⁴ Mõned kriitikud leiavad seetõttu, et parteilise seose näitamata jätmine

https://www.brennancenter.org/sites/default/files/publications/Politics_of_Judicial_Elections_Final.pdf (12.04.2019).

²¹² *Caperton v. A. T. Massey Coal Co.*, 556 U.S. 868 (2009).

²¹³ M. S. Kang, J. M. Shepherd, p 99.

²¹⁴ A. Bannon, C. Lisk. P. Hardin, p 13.

valimisedelil ei eemalda tegelikult korrupsiooniohtu ja loovad üksnes kujutluse, nagu ei oleks erakondadel valimistega mingit seost.²¹⁵

Kirjanduses märgitakse, et raha mõjus kohtunike valimisprotsessis ei nähta ohtu üksnes konkreetsetele kaasustele, kus kohtunik peab hiljem otsustama teda toetanud isikuga seotud kaasuse üle, vaid ka üldisele meelestatusele kohtuvõimu suhtes.²¹⁶ Eelkõige tekib see arvamusest, et kohtunikud on mõjutatud kampaania rahastajate poolt. Sellest tulenevalt kohtunike valimisega otse rahva poolt suurendatakse kohtute normatiivset legitiimsust nende empiirilise legitiimsuse arvelt.

Eeltoodust tulenevalt ei õigusta käesoleva töö autori hinnangul kohtulikule aktivismile normatiivse legitiimsuse tekitamine ning aktivismist tuleneva enamuspõhimõtte rikkumise leevendamine kohtunike valimist otse rahva poolt. Kohtunike valitavuse korral võib oluliselt väheneda kohtunike sõltumatus, kuivõrd eduka kampaania tegemiseks vajab kohtunikukandidaat raha, mis tavapäraselt tuleb kas huvigruppidele või poliitilistelt parteidelt. Saadud toetus võib kohtuniku mõjutada otsustama teatud isikute kasuks. Kohtunike valitavusest saadav kasu on aga võrdlemisi väike. Ühiskonnas toimuv debatt kohtuliku aktivismi üle toimub peamiselt ühe kohtulahendi põhjal. Seega ei saa öelda, et Eesti kohtud oleksid ülemäära aktivistlikud ning sellest tulenevalt oleks vaja süsteemi sedavõrd oluliselt muuta, nagu seda on kohtunike ametisse nimetamise korra reformimine.

3.4.2. Kohtunike ametiaja tähtaegsus ja tagasivalimine

Teise kohtuliku aktivismi ja selle negatiivseid mõjusid vähendavaks abinõuks saab pidada otse rahva poolt valitavatele kohtunikele ametiaja tähtaja sätestamist. Selle eesmärgiks on tagada kohtunike vastutus rahva ees, kuivõrd kohus peab otsust langetades arvestama ka enda võimaliku tagasivalimise üle. Nimelt kui kohtunike valimise puhul oli eesmärgiks suurendada kohtute legitiimsiooni juhtudeks, kui kohus on midagi enamat, kui pelgalt „seaduse suuvooder“, siis kohtunike perioodiline valimine annab sarnaselt seadusandliku kogu valimistega rahvale võimaluse anda hinnang sellele, kuidas kohus õiguskorra kujundamise või säilitamisega on hakkama saanud. Kohtunike tagasivalitavuses saab positiivse küljena näha ka seda, et seaduste viimaseks tõlgendajaks saab kaudselt rahvas ning leeveneks enamuspõhimõtte

²¹⁵ L. H. Averill Jr. Observations on the Wyoming Experience With Merit Selection of Judges: A Model for Arkansas. – University of Arkansas at Little Rock Law Review 1995. Vol. 17, Iss 2, p 322.

²¹⁶ P. S. Karlan, p 88.

rikkumisest tulenevad negatiivsed mõjutused. Nimelt peaks kohus siis selleks, et saada uuesti valituks, vältima ebapopulaarseid tõlgendusi ja otsuseid, et saada uuesti valituks. Sellest tulenevalt ei oleks tõlgendamise monopol kohtul.²¹⁷

Kehtiv PS § 147 lg 1 sätestab, et kohtunikud nimetatakse ametisse eluaegsetena. Tegemist on KS § 3 lg 1 järgi kohtuniku sõltumatuse põhitagatisega. Kohtunike ametisse nimetamise eluaegsusega tagatakse, et oleks välistatud kohtuniku survestamise võimalus huvitatud isikute, meedia või valitsuse poolt, kui võrd eluaegsuse garantiita võib kohtuniku vastuvõtlikkus välisele survele suurenda ning kohtunik võib hakata otsuse tegemisel lisaks südametunnistusele arvestama ka muid tegureid, mis kahjustaks õigusemõistmise usaldusväärust ja õigusriiklust.²¹⁸ Kohtunike valimise eesmärgiks aga ongi, et kohus arvestaks otsust tehes lisaks siseveendumusele ka ühiskonna enamuse tahtega. Seega on kohtunike ametiaja tähtaegsuse regulatsiooni vajalikkuse üle otsustamisel oluline hinnata, kas kohtul on vaja lähtuda otsuse tegemisel enam avalikkuse arvamusest või on olulisem anda kohtule võimalus otsustada küsimuse üle iseseisvalt ja täielikult sõltumatult.

Seda küsimust on kirjeldatud demokraatia ja konstitutsionalismi põhimõtete vastandlike huvide kaudu. Demokraatia põhimõttest tulenevalt peab võimu teostamine toimuma enamuse tahte järgi, samas kui konstitutsionalism on ettevaatlik enamuse tahte suhtes, eriti enamuse vähese huvi tõttu kaitsta isikute autonoomiat.²¹⁹ Kui kohtunike valimises otse rahva poolt sai näha leevendust enamuspõhimõtte rikkumisele, siis kohtunike tähtaegsuses ja tagasivalimiseks vajaliku toetuse saamises nähakse enamuspõhimõtte probleemi.²²⁰ Enamuspõhimõtte probleemi tuum seisneb selles, et kohtunikud, kes peavad osutama ametis jätkamiseks uuesti valituks, soovivad teha valituks osutumise tõenäosuse suurendamiseks rahva seas vaid populaarseid otsuseid, mistõttu võivad isikute õigused jääda vajaliku kaitseta, kui kaitsmiseks vajalik meede on vastuolus ühiskonna enamuse arvamusega. Crole toob näiteks juhtumid, kus kohus peab otsustama kriminaalasjades süüdistatava menetlusõiguste tagamise üle, kaasused ühiskonnas vastuolusid põhjustavate temade üle (nagu abordi keelustamine) aga ka juhtumid, kus kohtule on jäetud kaalutusõigus määratava karistuse raskuse üle ning kohtunik otsustab näidata oma tugevat vastuseisu kuritegevusele määrates isikutele kõrgemad karistused.²²¹ Seetõttu suureneb kohtunike tähtaegsuse ja tagasivalimise tõttu küll enamuspõhimõtte

²¹⁷ D. E. Pozen. p 276.

²¹⁸ P. Pikamäe. Kohtute seaduse § 3 kommentaarid, komm 17. P. Pikamäe (toim.). Kohtute seadus. Kommenteeritud väljaanne. Juura. Tallinn 2018.

²¹⁹ S. P. Crole. Majoritarian Difficulty: Elective Judiciaries and the Rule of Law. The University of Chicago Law Review 1995. Vol 62, Iss. 2, p 702 jj.

²²⁰ S. P. Crole, p 713.

²²¹ S. P. Crole, p 727-728.

realiseerumine, kuid seda enam ka enamuspõhimõttega kaasnev oht vähemuste õiguste rikkumiseks. Samuti ei pruugi kohtunike ametiaja tähtaegsuse ja tagasivalitavuse korral kohtulik aktivism väheneda, kuivõrd kohtunike otsused võivad olla aktivistlikud lihtsalt teistel motiividel – eelkõige motiivil olla valijatele meelepärane.

Lisaks enamuste huvidest lähtumisele ja sellest tekkida võivatele probleemidele saab kohtunike ametiaja tähtaegsuses ja tagasivalimistes näha ohtu ka selles, et kohtud võivad hakata lähtuma nende isikute huvidest, kes rahastaksid nende järgmist kampaaniat.²²² Eelmises peatükis kajastatud rahastamisega seotud probleemiga seisneb erinevus kohtuniku motiivis. Kui kohtunike valimiste korral võis kohtul tekkida motiiv otsustada teatud isiku kasuks juba saadud hüve tõttu, siis tagasivalitavuse korral võib kohtuniku motiiviks olla meelitada ligi uusi võimalikke kampaania rahastajaid. Sellest tulenevalt võib kohus otsustada kaasustes, kus osapoolteks jõukas ning vähem jõukas isik, jõukama isiku kasuks. Suurim mõju võib seega avalduda kaasustes, kus jõukuse vahe on tavaliselt kõige enam tuntav – näiteks töövaidlused.

Viimaks saab leida, et kohtunike valimine rahva poolt ei ole kooskõlas võimude lahususe ja tasakaalustatuse põhimõttega. Selle põhimõtte järgi on enamuse huvide realiseerijaks eelkõige seadusandlik kogu, mistõttu ei ole vajalik enamuse huvide kaitsmise eesmärki kohtuvõimus dubleerida. Õiguskirjanduses leitakse veel, et kohtuvõimu eraldamine teistest võimuharudest muutub mõttetuks, kui kohtunikud valitakse täpselt samade põhimõtete alusel, mille tõttu me seadusandlikku- ja täitevvõimu ei usalda ning mille kuritarvituste kaitseks kohtuvõim ongi mõeldud.²²³ Seega saab näha selles, kui kohtunikke perioodiliste valimiste kaudu mõjutatakse rahva arvamusega arvestama, ohtu võimude tasakaalustatuse põhimõttele, mille järgi kohtuvõimu eesmärgiks ongi ühesuunalise poliitika tekkimise vältimine.²²⁴

3.4.3. Järelevalve teostamise võimalustest kohtute tegevuse üle

Igasuguse järelevalve põhiküsimuseks on see, millise organi pädevuses järelevalve olla võiks. Eesti Konservatiivse Rahvaerakonna justiitsreformi kava näeb ette, luua parlamendi erikomisjon, millele „anda järelevalveõigus kohtunike [...] tegevuse põhiseadusele vastavuse üle, võimalusega algatada nende ametist tagandamist juhul, kui on rikutud võimude lahususe

²²² P.S. Karlan. p 90.

²²³ J. A. Ferejohn, L. D. Kramer. Independent Judges, Depending Judiciary: Institutionalizing Judicial Restraint. *New York University Law Review* 2002. Vol. 77. No. 4, p 969.

²²⁴ Vt ka käesoleva töö peatükk 3.1.

põhimõtet (kohtulik aktivism), riivatud inimeste põhiseadusega kaitstud õigusi või kohaldatud seadusi seadusandja tahte vastaselt“.²²⁵ Riigikogu kõnepuldist öeldu järgi on erikomisjoni peamiseks eesmärgiks tagada võimude lahusus.²²⁶ Samas saab ka parlamendi kontrollis kohtute üle näha sekkumist võimude lahususe põhimõttesse. Põhiseaduse kommenteeritud väljaande järgi saab kohtulahendi õiguse kontroll kohtute sõltumatuse ja võimude lahususe põhimõtte tagamise eesmärgil tulla vaid kohtusüsteemist endast, kuna vaid kohtu pädevuses on õigusvaidluse siduvalt lõplik lahendamine.²²⁷

Täna ongi järelevalve kohtute tegevuse üle lahendatud sisekontrolli kaudu, mis väljendub PS § 24 lg-s 5 sätestatud edasikaebeõiguses. Edasikaebeõigus on osa põhiõigusest kohtulikule kaitsele, mille eesmärgiks on tagada kohtulahendi kontroll, vältimaks eksimusi ja vigu kohtulahendites.²²⁸ Edasikaebeõigus ongi loodud põhjusel, et „[k]ohtunik, nagu iga teinegi inimene, võib eksida.“²²⁹ Edasikaebeõigus on kriminaalajadele sätestatud ka Euroopa inimõiguste konventsiooni (edaspidi EÕIK) 7. lisaprotokolli artikli 2 lg-s 1.²³⁰ Artikli lõige 2 lubab aga edasikaebeõiguse suhtes teha erandeid siseriiklikult sätestatud vähemtähtsate õigusrikkumiste korral, kui isiku üle mõistis kohut juba esimeses astmes kõrgeim kohtuinstants või kui isik on mõistetud süüdi pärast edasikaebamist tema õigeksmõistmise vastu. Põhiseaduses sätestatud edasikaebeõiguse esemeline kaitseala on aga laiem võrreldes EÕIK 7. lisaprotokolli artiklis 2 sätestatuga.²³¹

Seega jätavad rahvusvahelised õigusaktid võimaluse lahendada kohtuasju ka kaheastmeliselt ning erandina isegi üheastmeliselt, kuid Eestis on üldjuhul kõik kohtuotsused vaidlustatavad kõigis kolmes kohtuastmes. Samas on edasikaebeõigus lihtsa seadusreservatsiooniga põhiõigus, mida võib piirata ka näiteks menetlusökoonoomia huvides.²³² Edasikaebeõigust on piiratud ja kohtuasju lahendatakse kaheastmeliselt üksnes vääртеoasjades, kui isiku esimeseks karistajaks oli kohtuväline menetleja. Nimelt VTMS § 135 lg 8 ja 9 kohaselt juhul, kui esimeseks karistajaks oli kohtuväline menetleja, ei vaidlustata maakohtu otsust apellatsiooni korras, vaid kassatsioonemenetluses, esitades maakohtu otsuse peale kaebuse Riigikohtule.

²²⁵ Eesti Konservatiivne Rahvaerakond. Volikogu avaldus: EKRE tahab läbi viia justiitsreformi. 03.06.2018. <https://ekre.ee/volikogu-avaldus-ekre-tahab-labi-viia-justiitsreformi/> (10.04.2019).

²²⁶ Olulise tähtsusega riikliku küsimuse "Vabadusele, õiglusele ja õigusele rajatud riik" arutelu. XIII Riigikogu stenogramm. VIII istungjärk. Neljapäev, 15. november 2018, kell 10:00 – Arvutivõrgus: <http://stenogrammid.riigikogu.ee/et/201811151000> (15.04.2019).

²²⁷ P. Roosma. Põhiseaduse § 34 kommentaarid, komm 36.

²²⁸ RKÜKo nr 3-2-1-60-10, p 45.

²²⁹ RKPJKo nr 3-4-1-20-07, p 18.

²³⁰ Inimõiguste ja põhivabaduste kaitse konventsiooni protokollid. – RT II 2010, 14, 55.

²³¹ RKPJKo 3-4-1-5-10 p 15.

²³² H. Sepp jt. Põhiseaduse § 24 kommenaar, komm 38.

Samuti tuleb märkida, et ringkonnakohus ja Riigikohus on edasikaebekohtutena kollegiaalsed, mistõttu osaleb kohtuotsuse õiguspärasuse üle hindamisel mitu isikut ning väheneb võimalus võimu kuritarvitamiseks.

Järelevalve kohtute tegevuse üle saab toimuda ka kriminaalmenetluse kaudu. Nimelt sätestab karistusseadustiku²³³ § 311, et kohtuniku poolt teadvalt ebaseadusliku kohtulahendi tegemise eest karistatakse viie- kuni kümneaastase vangistusega. Normi objektiivse koosseisu ei täida aga mitte iga kohtuniku poolt tehtav viga, vaid tegemist peab olema kohtunikule antud õiguspädevuse raske rikkumisega.²³⁴ Kohtuniku kuriteos süüdimõistmine on KS § 101 järgi ka üheks kohtuniku tagandamise aluseks. Kriminaalmenetlust juhib ka sellisel juhul prokuratuur kui justiitsministeeriumi valitsemisalas olev valitsusasutus, seega on ka täitevvõimul võimalik kohtunike tegevuse seadustele vastavust kontrollida. Seda õigust on aga täitevvõimul võimalik teostada üksnes juhul, kui süüdistuse esitamiseks tuleb ettepanek või nõusolek kohtuvõimu seest. Nimelt saab KS § 3 lg 3 järgi esitada esimese ja teise astme kohtu kohtunikule tema ametisoleku ajal kriminaalasjas süüdistuse ainult Riigikohtu üldkogu ettepanekul ja Vabariigi Presidendi nõusolekul ning lg 4 järgi saab Riigikohtu kohtunikule tema ametisoleku ajal kriminaalasjas süüdistuse esitada ainult õiguskantsleri ettepanekul ja Riigikogu koosseisu enamuse nõusolekul. Samuti otsustab lõpuks süüdistuse saanud kohtuniku teo karistusõigusliku vastutuse üle kohtuvõim. Seega on täitevvõimu kontroll kohtute tegevuse üle oluliselt piiratud.

Kohtuniku tagandamine on ka üheks kohtuniku distsiplinaarkaristuseks KS § 88 lg 1 p 4 järgi. Kohtunike distsiplinaarmenetlus on peaaegu täielikult kohtuvõimusesene menetlus. Kohtuvõimuväliselt on menetluses võimalik osaleda vaid õiguskantsleril, kellel on KS § 91 lg 2 p 2 järgi distsiplinaarmenetluse algatamise õigus kõigi kohtunike suhtes. Õiguskantsleri menetluse algatamise õigus on seatud eesmärgiga vähendada kohtunike võimalust tekitada ringkaitse. Samas on sellise meetme ebapiisavuse tõttu seda lahendust kritiseeritud, kuivõrd õiguskantsler algatab vaid vähese osa distsiplinaarasjadest.²³⁵ Distsiplinaarasja lahendab aga Riigikohtu juures asuv distsiplinaarkolleegium, kuhu kuulub viis riigikohtunikku, viis ringkonnakohtunikku ja viis esimese astme kohtu kohtunikku. Seega on lõppastmes otsustuspädevus kohtuniku distsiplinaarasjas vaid kohtuvõimul.

²³³ Karistusseadustik. – RT I, 13.03.2019, 77.

²³⁴ S. Laos, P. Pikamäe. Karistusseadustiku § 311 kommentaar, komm 3.2. – J. Sootak, P. Pikamäe (koost.). Karistusseadustik: kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura 2009.

²³⁵ L. Otto. Kohtunike distsiplinaarvastutus ja distsiplinaarkolleegiumi 2002. kuni 2015. aasta praktika analüüs. Magistritöö. Tartu: 2016, lk 22.

Kohtuniku tagandamise piirangud on lisaks eluaegsusele kohtuniku sõltumatuse põhitagatiseks KS § 3 alusel. Süüdistuse esitamise erisuste eesmärgiks on, et süüdistuse kaudu ei oleks võimalik täitevvõimul kohtunikku mõjutada tema autoriteedi või sõltumatuse kahjustamise või kättemaksuga ähvardamise kaudu.²³⁶ Teiste võimuharude piiratus kohtunike tagandamiseks tuleb ka PS § 146 lg-st 1, mille järgi mõistab õigust ainult kohus. Sellest tuleneva põhimõtte järgi on oluline, et lõppastmes otsustaks vaidlusküsimuse kohus.²³⁷ Andes kas täidesaatvale või seadusandlikule võimule pädevuse otsustada kohtuniku eksimuse üle konkreetses õigusvaidluses, antaks paratamatult teise võimuharu poolt hinnang ka nimetatud kohtulahendi õigsusele. See oleks vastuolus kohtu õigusemõistmise monopoli põhimõttega.

Teisest küljest ei saa mööda vaadata ka asjaolust, et kohtuvõim on ka ise huvitatud kohtuasjade õigest lahendamisest, et säilitada kohtuvõimu autoriteet ja empiiriline legitiimsus. Näiteks on kohtute distsiplinaarkolleegiumis otsustatud ka küsimuste üle, kus kohtunik on käitunud ebaadekvaatselt, mis lõi võimaluse hinnata kohtu tegevust omavolina, millega kahjustati oluliselt sõltumatu ja erapooletu õigusemõistmise autoriteeti.²³⁸ Samuti nähtub kohtute distsiplinaarkolleegiumi otsustest, et enamik kohtunike vastu algatatud menetlustest lõpeb süüdimõistva otsusega,²³⁹ mistõttu ei ole põhjust arvata, et kohtuvõim ei saa eneseregulatsiooniga piisavalt efektiivselt hakkama või oleks alust karta kohtunike ringkaitset, mis on põhjustatud kohtuvõimu järelevalve internest iseloomust.

Samas ei toimi kohtuvõim ilma täieliku välise järelevalveta ka praegu. Välist kontrolli teostab avalikkus ning see on tagatud PS § 23 lg-tes 3 ja 4 sätestatud kohtumenetluse avalikkuse põhimõtte kaudu, mis tähendab isikute õigust viibida istungisaalis aga ka kohtuotsuse avalikku kuulutamist. Kohtumenetluse avalikkusel on subjektiivne kaitse-eesmärk, mille järgi on oluline kaitsta menetlusosalisi alusetute menetluslike sunnivahendite aga ka omavoliliste, meelevaldsete ja ebaseaduslike kohtulahendite ees, ning ka objektiivne kaitse-eesmärk, mille eesmärk on kindlustada usaldust õigusemõistmise suhtes.²⁴⁰ Kohtumenetluse avalikkuse kaudu leevendatakse ka ohtu kohtunike ringkaitse võimalikkusele, kuivõrd kontroll kohtute tegevuse üle ei toimu üksnes kohtuvõimu poolt.

Eesti kohtusüsteemi edasikaebeõigus ja sellest tulenev sisemine kontroll on suuremal osal kohtuotsuste puhul tagatud läbi kõigi kolme kohtuastme, vastupidiselt paljude välisriikide

²³⁶ U. Lõhmus. Põhiseaduse § 147 kommentaar, komm 9.

²³⁷ U. Lõhmus. Põhiseaduse § 146 kommentaar, komm 5.

²³⁸ L. Otto, lk 48.

²³⁹ L. Otto, lk 52.

²⁴⁰ H. Sepp jt. Põhiseaduse § 24 kommentaar, komm 20.

praktikale, kus asjade lahendamine toimub ka kaheastmeliselt. Veelgi enam, edasikaebeõigust saab kaebaja realiseerida kollegiaalsetes kohtutes, kus võimalike võimu kuritarvituste oht on väiksem. Kohtunike sisemise kontrolli ohte aitab leevendada ka väline kontroll avalikkuse näol. Teistele võimuharudele järelevalve õiguse andmise osas tekiks probleem kohtute sõltumatusega ning asjaoluga, et õigusemõistmise monopol on PS kohaselt antud üksnes kohtuvõimule. Käesoleva töö autori hinnangul ei ole seetõttu kohtute üle järelevalve teostamine teiste võimuharude poolt vajalik ega võimalik.

Samas võiks aga olla parlamendil suurem huvi selle vastu, kuidas on kohtupraktika seadusandja antud õigusnorme praktikas rakendama asunud. Hetkel koostab aktuaalse kohtupraktika ülevaateid ning kohtupraktika analüüse Riigikohtu haldusalas olev õigusteabe- ja koolitusosakond. Samuti annab üldjuhul Riigikohtu esimees parlamendile peetavas kõnes ülevaate põhiseaduslikkuse järelevalve kohtulahendite täitmisest. Samas ei pruugi anda need ülevaated ja analüüsid infot selle kohta, kuidas ja mil määral on kohus olnud aktivistlik. Seetõttu oleks parlamendil võimalik luua komisjon, mis tegeleb kohtupraktika analüüsiga ka kohtuliku aktivismi aspektist, andes parlamendile ülevaate õigusnormide tõlgenduste kohta, mida seadusandja soovi korral saaks õigusakte vastu võttes muuta, ning andes põhiseaduslikkuse järelevalve asjades oma hinnangu, millised piirangud kohtuotsus seadusandjale õigusloomeks sätestas ning millisel viisil oleks võimalik seadusandjal õigusnormi kehtetuks tunnistamise korral valdkonda edaspidi reguleerida. Sellisena oleks seadusandlikul kogul ülevaade, kas ja mil määral on seadusandliku kogu poolt kujundatud poliitikast kõrvale kaldunud, paraneks õigusloome kvaliteet ning muutuks tõhusamaks konstitutsiooniline dialoog.

Kokkuvõte

Käesoleva töö peamiseks eesmärgiks oli analüüsida, kas kohtulik aktivism on nähtus, millest tulenevalt oleks vaja Eesti kohtusüsteemi muuta. Töö hüpoteesiks oli, et kohtuliku aktivismi mõjud ei ole sellised, mille tõttu Eesti kohtusüsteem vajaks suuremaid reforme.

Esmalt leidis töös käsitlust kohtuliku aktivismi kontseptsioon ning see, miks on kohtulikul aktivismil ühiskonnas peamiselt negatiivne kuvand. Negatiivse kuvandi üheks põhjuseks saab pidada seda, et kohtuliku aktivismi mõiste sünnimaal USA-s selle esimestel kasutamiskordadel nii üldsusele suunatud allikates kui ka kohtulahendites või eriarvamustes väljendati mõistega selgelt negatiivset emotsiooni kohtunike või kohtuotsuse suhtes. Samal ajal kasutati mõistet äärmiselt pealiskaudselt, jättes selle täielikult defineerimata.

Mõistet kasutatakse sageli ühekülgselt ka Eesti juristkonnas, hoolimata sellest, et kohtuliku aktivismi kontseptsiooni konstitutsioonilises õigusemõistmises on Berit Aaviksoo poolt põhjalikult õiguskirjanduses käsitletud. Näiteks viidatakse teiste autorite poolt Eesti õiguskirjanduses kohtuliku aktivismi traditsioonilisele kontseptsioonile, mille järgi Aaviksoo käsitluse põhjal saab kõiki kohtuid pidada aktivistlikeks. Ka Riigikohtunike kandidaadid oma ametisse nimetamise eelnõu lugemisel Riigikogus ning ka Riigikohtu esimees oma ettekandes Riigikogu ees on kohtulikust aktivismist rääkides viidanud peamiselt vaid mõnele kohtuliku aktivismi küljele. Käesoleva töö autori hinnangul peaks aga juristkond avalikkusele suunatud sõnavõttudes selgitama kohtuliku aktivismi erinevaid tahke võimalikult põhjalikult, et vältida kohtuliku aktivismi mõiste muutumist üksnes epiteediks, millega väljendatakse oma rahulolematust kohtuotsuse suhtes.

Seejärel selgitati Caprice L. Robertsi kohtuliku aktivismi käsitluse olemust, mille järgi on võimalik kõikide kohtute otsused jaotada vastavalt sellele, millist otsustamise aluseks olevat piirangut kohus ületab. Institutsioonivälise aktivismi puhul sekkub kohus teiste võimuharude töömaale, otsustusprotsessi aktivismi puhul kaldub kohus kõrvale otsuste tegemisega seotud reeglitest (näiteks tõlgendamisreeglitest) ning institutsioonisisese aktivismi korral ületab kohus piire, mis tulenevad kohtuvõimu seest (näiteks pretsedendist kõrvalekaldumine). Igat kohtuliku aktivismi liiki iseloomustab aga subjektiivsus, mille järgi võivad erinevad isikud kohtuotsust näha nii lubamatult kui mõõdukalt aktivistlikuna, seda näiteks seadusandja kujundatud poliitikasse sekkumise lubatavuse määra üle otsustamisel, objektiivsete või subjektiivsete tõlgendusmeetodite vahel valimise üle otsustamisel või pretsedendi olulisuse üle otsustamisel.

Töö järgmine peatükk keskendus seisukohtadele, mille järgi võib kohtulikku aktivismi pidada ohutuks ja positiivseks nähtuseks ühiskonnas. Esmalt leiti magistritöös USA Ülemkohtu praktikas esinenud näidete põhjal, et kohtulikku aktivismi ei saa näha vaid liberaalsete väärtuste edendajana. Nimelt võib kohtulik aktivism edendada nii konservatiivseid väärtusi liberaalsete õigusaktide tühistamise ja isikute õiguste laiendamata jätmise või nende piiramise kaudu aga ka edendada liberaalseid väärtusi konservatiivseid õigusakte tühistades või isikute õigusi laiendades. Samuti näitavad uuringud, et vahel on kohtud oma otsutes konservatiivsemad kui ühiskond ning vahel vastupidi, mistõttu ei saa kohtutes näha üksnes ühesuunalise poliitika edendajaid. Samuti näitavad uuringud, et pikemas perspektiivis kohtute ja ühiskonna väärtused langevad kokku. Selle põhjustena võib USA puhul välja tuua kohtunike ametisse nimetamise korra seose poliitikaga. Käesoleva töö autori hinnangul ei ole ka Eesti puhul alust karta kohtute ja ühiskonna väärtuste pikemas perspektiivis eemaldumist, kuivõrd kohtud soovivad tõenäoliselt säilitada enda empiirilist legitiimsust ning ei ole alust arvata, et kohtunikkonnas on vaid liberaalse või konservatiivse maailmavaatega isikuid.

Seejärel analüüsiti, kas kohtulikku aktivismi saab pidada ohutuks põhjusel, et kohtul ei ole piisavalt efektiivseid täitevinstrumente enda loodud poliitika elluviimiseks. Töös leiti, et nii tsiviilasjades kui ka süüdimõistva otsusega kriminaalasjades vajab kohus kohtuotsuse täitmiseks täitevvõimu, kes võib otsuse täitmist olulisel määral takistada. Haldusajades on kohtul võimalik määrata otsuse täitmata jätnud menetlusosalisele rahatrahv, kuid ka see ei pruugi tagada otsuse tegelikku täitmist. Põhiseaduslikkuse järelevalve asjades, kus õigustloov akt tunnistatakse kehtetuks, vajab samuti täitmiseks täidesaatvat võimu, et otsuse tulemus saaks kajastatud ka Riigi Teatajas ja muutuks isikutele täitmiseks kohustuslikuks. Kõige hõlpsamalt saab seadusandja või täitevvõim kohtulahendi täitmist takistada juhul, kui tegemist on kohtuotsusega, millega tunnistatakse põhiseadusega vastuolus olevaks õigustloova akti andmata jätmine. Kuigi teistel võimuharudel on võimalik aktivistliku kohtuotsuse täitmist takistada, ei ole see aga piisav kohtuliku aktivismi ohutuks pidamiseks. Nimelt on kohtuotsustel mõju ühiskonnale ka ilma selle otsuse täitmiseta. Töös toodi näiteks juhtum USA-st, kus kohtuotsuse tõttu puhkesid rahutused, mille käigus hukkus 55 inimest ning tekitati varalist kahju üle 1 miljardi dollari.

Järgnevalt käsitleti seisukohta, mille järgi on kohtud sobivad poliitikakujundajad. Kohtunike sobivust poliitikakujundajateks põhjendatakse eelkõige nende sõltumatusega. Kuivõrd kohtunikud ei pea erinevalt poliitikutest valijatele meelepärane olema, saavad nad võtta vastu ka otsuseid, mis ei pruugi valijatele meeldida, kuid mis on ühiskonnas olulised. Samuti saab näha kohtunike poolt poliitikakujundamisel küsimuse lahendamise efektiivsust, kuivõrd kohtus

on alati kohustatud tema ette jõudnud küsimuse lahendamata. Samas ei saa kohus asuda lahendamata mitte igat küsimust, vaid üksnes juhtumeid, mil seadusandja tegevusetuse tõttu on riive isikute õigustele sedavõrd intensiivne, et see kaalub üles seadusandja õiguse ise poliitikat kujundada.

Samuti leitakse, et kohtulikku aktivismi saab pidada ohutuks, kuivõrd seadusandjal on võimalik kohtute loodud poliitikat muuta. Selgelt on võimalik kohtute poolt loodud poliitikat muuta juhul, kui poliitikakujundamine toimub õigusnormide tõlgendamise kaudu. Sellisel juhul on seadusandjal võimalik õigusnorm muuta tõlgenduse sobimatusel tõlgendamisele suletuks. Seadusandja õigust loodud poliitikat muuta võivad piirata õiguskindluse põhimõtte osaks olevad ebasoodsa tagasiulatuva mõju keeld ning ebaehtsa tagasiulatuva mõju keeld. Nendest põhimõtetest tulenevad piirangud ei takista seadusandjal absoluutselt kohtuotsusest tuleneva õigusliku regulatsiooni muutmist, vaid muutmise lubatavus sõltub muudatuste eesmärkidest ning riive mõõdukusest. Küll aga ei ole õigusriigi põhimõttest tulenevalt seadusandjal võimalik luua samasisulist regulatsiooni, mille kohus on põhiseadusvastaseks tunnistanud. Sellisel juhul tuleb seadusandjal püüda oma eesmärgid saavutada lähtuvalt kohtuotsuses sätestatust või juhul, kui poliitika elluviimiseks on võimalik rakendada üksnes kehtetuks tunnistatud regulatsiooni, muuta põhiseadust.

Järgnevalt analüüsiti töös kohtuliku aktivismi negatiivseid külgi. Kohtute sekkumisel teiste võimuharude töömaale esineb paratamatult riive võimude lahususele. Samas esineb ka praegu kõrvalekaldeid võimude lahususe põhimõttest. Näiteks on õigusemõistmise funktsioon antud mitmetel juhtudel täitevvõimule. Riigikohtu praktika järgi on õigusemõistmise funktsiooni andmine täitevvõimule õigustatud, kui nende vaidluste puhul jääb lõplik otsustusõigus siiski kohtutele ning võimu andmisega ei kitsendata kohtuvõimu pädevust. Samast põhimõttest tulenevalt võiks kohtute sekkumist teiste võimuharude töösse pidada õigustatuks, kui sekkumisega ei takistata parlamendil vastu võtmast õigustloovaid akte ning seadusandjal on võimalus kohtu loodud õiguslikku regulatsiooni muuta. Samas võib kohtute sekkumine teiste võimuharude töösse tuua kaasa pingeid võimuharude vahel, mille tulemusel võib seadusandja seada eesmärgiks kohtu võimu vähendamise, nagu juhtus 1930. aastate lõpus USA-s. Kohus peab seetõttu seadusandja ülesannetesse sekkumisel jälgima, et sekkumine ei oleks sedavõrd intensiivne, et seadusandja oleks huvitatud kohtu võimu piiramisest.

Seejärel analüüsiti, kas kohtutele saab ette heita normatiivse ja empiirilise legitiimsuse ebapiisavust. Kohtutel on vahendatud legitimeerimine, mistõttu on nad vähem legitiimsed, kui rahvalt otse mandaadi saanud Riigikogu. Samas on Riigikohtu legitiimsus võrreldav Vabariigi

Valitsusega, kuivõrd Riigikohtu esimehe ametisse nimetamise kord on võrreldav peaministri omaga. Kuivõrd Vabariigi Valitsuse liikmed nimetatakse ametisse Vabariigi Presidendi, Riigikohtu liikmed aga Riigikogu poolt, siis on Riigikohtunikel kõrgem legitimaatsiooni aste, kui Vabariigi Valitsuse liikmetel. Ministrite legitimaatsiooni saab võrrelda madalamate kohtuastmete kohtunikega, kuivõrd mõlemad nimetatakse ametisse Vabariigi Presidendi poolt. Seega võib legitimaatsiooniketi põhimõttest tulenevalt olla kohtutel sarnane normiloomepädevus, nagu ministritel, Riigikohtu legitimaatsiooni saab aga pidada isegi suuremaks, kui Vabariigi Valitsusel.

Empiirilise legitimaatsuse järgi hinnatakse isikute suhtumist organisse või isikusse ning nende poolt tehtud otsustesse. Organi empiiriline legitimaatsus on oluline, kuivõrd suurema toetusega organi otsuseid aktsepteeritakse enam ning asutakse ka rahva poolt enam kaitsma väliste rünnakute eest. Seetõttu peab kohus vältima aktivistlike otsuseid, mis võivad organi empiirilist legitimaatsust vähendada. Vastavalt Eestis teostatud uuringutele saab Eesti kohtute empiirilist legitimaatsust hinnata heaks.

Viimaks analüüsiti kohtuliku aktivismi negatiivse küljena enamuspõhimõtte rikkumist. Esindusdemokraatia põhimõttest tulenevalt on seadusandliku kogu poolt vastu võetud otsustel kõrgeim rahvapoolne legitimaatsioon. Enamuspõhimõtte rikkumine seisneb selles, et kui kohus nurjab parlamendi poolt vastu võetud poliitika, astutakse sellega kaudselt vastu ka rahva tahtele. Enamuspõhimõtte õigustusena saab näha seda, et kohtud on õigustatud teiste võimuharude poliitikat tühistama, kuivõrd kohtud peavad jõustama sõltumata poliitilise võimuharu tahtest põhiseaduses leiduvaid sügavamaid väärtusi.

Küsimust selle kohta, kes peab olema ühiskonnas printsiipide lõplik kaaluja ja seeläbi põhiseadusliku väärtuskorra kujundajaks – kas põhiseaduskohus või rahva poolt otse legitimeeritud parlament – püüab lahendada konstitutsioonilise dialoogi teooria. Selle järgi on kujundajateks mõlemad, kuivõrd väärtuskord kujuneb mõlema organi vastastikustest reaktsioonidest üksteise otsustele. Kui kohus kujundab ümber seadusandja poolt loodud õigusliku regulatsiooni, on seadusandja ülesanne kas otsusega nõustuda või astuda samme kohtuotsusega väljendatud põhimõtete ümberkujundamiseks. Kuivõrd Eestis on tugev põhiseaduslikkuse järelevalve, saab lõppotsustajana väärtuskorra kujundajamises näha kohut. Konstitutsioonilise dialoogi positiivseks küljeks on tugeva põhiseaduslikkuse järelevalve juures põhjalikum ning kaalutletum seadusandlik protsess. Samuti võib seetõttu dialoogi tulemusena selguda vajadus muuta põhiseadust, kui seadusandja näeb ainsa võimaliku viisina enda poliitika elluviimiseks põhiseadusvastaseks tunnistatud õigusnormi kehtestamist. Kuivõrd põhiseaduse

muutmiseks on vaja olulist rahva toetust saab öelda, et kohus poliitikasse sekkudes annabki poliitika sobilikkuse üle otsustamise õiguse lõppastmes rahvale, mis on enamuspõhimõtte eesmärgiks.

Seejärel analüüsiti töös välja käidud ettepanekuid, millega kohtuliku aktivismi negatiivseid mõjusid on soovitud vähendada. Kohtunike valimisega otse rahva poolt on võimalik leevendada kohtute normatiivse legitiimsuse vähesust seadusandja poliitika muutmiseks ning leevendada enamuspõhimõtte rikkumist, kuivõrd seadusandliku kogu poolt loodud poliitikat asub ümber kujundama teine rahva poolt otse valitud institutsioon. Samas kaasneb kohtunike valitavusega kandidaatidel kohustus korraldata kampaaniat, mis läheb vastuollu praegu kehtiva kohtunike kohustusega olla poliitiliselt sõltumatu. Teiseks kaasnevad kampaania korraldamisega olulised kulud, mis tavapäraselt kantakse erinevate huvigruppide või parteide poolt. Sellega kaasneb paratamatult oht, et kohtunik võib asuda otsuseid langetama tema kampaaniat rahastanud isikute huvides. Samuti nähtub uuringutest, et valimisprotsess muudab ka üldiselt kohtuvõimu ebausaldusväärsemaks ehk vähendab kohtute empiirilise legitiimsus.

Teiseks käsitleti töös ideed muuta kohtunike ametiaeg tähtajaliseks. Selle tulemusel on leeveneks kohtulikust aktivismist tulenev enamuspõhimõtte rikkumine, kuivõrd kohtunik peab otsust tehes arvestama enam avalikkuse arvamusega, kui soovib uuesti ametiaja lõppedes valituks osutada. Kohtunike sõltuvusest rahva arvamusest saab näha enamuspõhimõtte probleemi, kuivõrd vajaliku kaitseta võivad jääda vähemuste õigused, kui kaitsmiseks vajalik meede on vastuolus ühiskonna enamuse arvamusega. Samuti ei pruugi kohtuliku aktivism meetme tulemusel üldiselt väheneda, kuivõrd kohtunikel võib tekkida motivatsioon teha aktivistlikke otsuseid eesmärgiga oma valijatele meeldida. Seetõttu ei pruugi abinõu olla sobiv kohtuliku aktivismi vähendamiseks. Tagasivalimise korral on oht ka kohtuniku sõltumatusele, kuivõrd kohtunik võib asuda otsuseid langetama lähtuvalt jõukamate isikute huvidest, kes võiksid potentsiaalselt tema järgmist kampaaniat rahastada. Viimaks saab näha kohtunike ameti tähtaegsuses ja tagasivalimises ohtu võimude lahususe ja tasakaalustatuse põhimõttele, kuivõrd kohtu üheks ülesandeks ongi ühesuunalise poliitika tekke takistamine. Kohtunike tagasivalitavuse korral oleks enamuse huvid esindatud nii seadusandlikus kui ka kohtuvõimus – selline dubleerimine ei ole vajalik

Lõpuks hinnati, kas järelevalvet kohtute tegevuse üle võiks teostada parlamendi vastav komisjon. Kuivõrd ettepaneku järgi hinnataks komisjoni poolt ka kohtuotsuse sisu, läheks see vastuollu võimude lahususest tuleneva põhimõttega, mille järgi on vaid kohtu pädevuses õigusvaidluse lõplik lahendamine. Sellest tulenevalt tuleb kohtute puhul eelistada sisekontrolli.

Eestis on sisekontroll kohtute üle tagatud seeläbi, et valdav osa kohtuvaidlustest võib läbida kõik kolm kohtuastet, kuigi rahvusvahelised õigusaktid lubaksid edasikaebeõigust oluliselt piirata. Samuti on edasikaebekohtud kollegiaalsed, kus vigade tõenäosus on väiksem. Viimaks on kohtunike suhtes võimalik rakendada distsiplinaarkaristusi ning karistusõiguslikke sanktsioone, kuid kuna kohtuniku suhtes saab süüdistuse esitada Riigikohtu nõusolekul ning distsiplinaarasju lahendab üksnes kohtunikest koosnev kolleegium, saab näha mõningast ohtu kohtunike ringkaitsele. Seda ohtu aitab leevendada avalikkuse kontroll kohtute tegevuse üle.

Eeltoodust tulenevalt leiab lähtuvalt töö hüpoteesist autor, et kuigi kohtulikku aktivismi ei saa pidada kohtuotsuste suure mõju tõttu ühiskonnas üksnes ohutuks nähtuseks ning kohtulikul aktivismil võivad on ka negatiivsed küljed, ei ole üksnes kohtuliku aktivismi negatiivsete mõjude vähendamise eesmärgil kohtunike ametisse otse rahva poolt ja tähtaegsetena ning teiste võimuharude poolt järelevalve teostamine kohtute suhtes mõistlik, kuivõrd meetmetega kaasnevad negatiivsed mõjutused, eelkõige kohtute sõltumatusele ning võimude lahususe ja tasakaalustatuse põhimõttele, mis ei kaalu üles võimalikku kasu, mis oleks võimalik saavutada kohtuliku aktivismi vähendamisel.

About the Necessity of Reducing and the Possibilities of Reducing Judicial Activism. Summary.

In the recent political and public discussions a political party in Estonia has brought out that courts in Estonia are unacceptably activist. The debate has been mainly about one specific case, in which the court decided whether to enter a same sex marriage concluded abroad to a national registry or not. Despite that, the political party has expressed its opinion that because of the judicial activism, justice and court system in Estonia must be reformed. Mainly the suggestions have been that judges should be elected for a specific term instead of being appointed for life and that a Parliament's commission should supervise judges and courts to identify any breach of law and unacceptable activism. The commission shall have the power to remove judges from the office in case of such breaches.

The purpose of this study was to analyse whether judicial activism is a phenomenon, because of which the Estonia's court system should be reformed. The hypothesis was that judicial activism's influence is not significant enough due to which Estonia's court system would be in need of major reforms.

In this research firstly the conception of judicial activism was discussed and the reason behind why the society mostly has given a negative attitude towards judicial activism. One of the reasons for this negative image lies within the history. The concept „judicial activism“ originates in the United States and initially in the sources directed to the general public, in court decisions or in the dissents this concept clearly expressed a negative feeling towards the judges or the decisions. Additionally, the concept was used superficially without having given a clear definition.

The concept of judicial activism is also often used superficially within Estonia's lawyers regardless of that its conception in constitutional law has been thoroughly covered by Berit Aaviksoo in the legal literature of Estonia. For example the other authors in Estonia's legal literature have referred to the traditional concept of judicial activism, by which, according to Aaviksoo, all the courts can be considered as activist. Also the candidates for Supreme Court justices and the Chief Justice of the Supreme Court have referred only to a few sides of judicial activism when speaking in front of the Parliament. The author of this paper believes that in the speeches directed to the public all the different aspects of judicial activism should be thoroughly

explained to prevent the concept of judicial activism becoming an epithet which expresses only dissatisfaction about the court decision.

In this research Caprice L. Roberts's approach on judicial activism was discussed. According to her approach it is possible to distinguish every courts decision by the breach if specific constraints on proper judicial role to institutional internal activism, decisional process activism and institutional external activism. It was found that every type of such judicial activism is characterized by subjectivity, according to which different people can interpret the decision as an activist or not. For example when deciding about the degree of interference with politics, choosing between objective or subjective interpretation methods or the importance of precedent.

The next chapter of this research will discussed the standpoints of which judicial activism may be considered as harmless and positive concept. Firstly it was found that by the precedents of USA, the judicial activism may promote both liberal and conservative values in society. For example courts can overrule both liberal and conservative acts. Researches also show that sometimes sometimes the court is more conservative with the desicions than the society and sometimes vice versa. This is the reason why the courts and judicial activism can not be taken as promoters of only liberal politics. The research also shows that in long run the values of the courts and the society follow the same trends. This can be because of the impacts of politics in the appointment procedure of US Supreme Court. The author of this paper believes that in Estonia there is no reason to expect that the trends of social values of courts and society would differ. That is because courts need to maintain its empirical legitimacy and there is no reason to believe that all judges in Estonia share the same or similar values.

Next, it was analysed whether judicial activism can be considered harmless, because the courts do not sufficient instruments to execute the policy created by the decision. It was found that in civil, criminal, public law cases and the constitutional cases, where a legislative act was annuled courts do need a support from the executive branch to execute the decision. In the case of omission, where the inaction of a legislator is considered unconstitutional, the court is powerless to execute its decision. But just because courts can not execute its decisions on its own, the judicial activism cannot be considered harmless. The decisions has an effect to the public even if it is not executed by the law. The decision has an effect on public morals on its own and could therefore bring a large influence to public. As it was in the case of Rodney King Jr, court did not have to execute the decision to bring an influence to public. Without any further

action by the court but announcing the verdict, the people started a riot which led to the death of 55 persons and to the total damages of 1 billion dollars.

Then it was argued that courts could be appropriate and suitable policy makers. This is due to fact that judges are independent. As judges do not need to be congenial to the voters, unlike the politicians in parliament, the courts can also make judgements which are not popular in the eyes of public, but are important in society generally. Also the courts can be seen more effective than legislators as the court is always obliged to make a decision in a case. Nevertheless, courts can not make policy in any question arose, but only when the infringement of the persons rights is that serious it outweighs the legislator's right to make a policy itself.

It is also found that judicial activism can be seen harmless because the legislator can revise and over-rule the policy made by the courts. The policy made by courts can easily be revised when the policy has been made through the interpretation of the law. In such cases legislator can always specify the law and nullify the improper interpretation. The right to revise the policy made by courts can be limited by the principle of legal certainty. At the same time this principle is not an absolute limitation. The revision and change of policy is acceptable, when the goals of the change are important enough to overweight the possible negative consequences to the legal certainty. The legislator can not also create the same regulation the constitutional court has just considered unconstitutional. The legislator shall achieve its policy goals in the limits set by the court or in case the policy may only be achieved with the regulation considered unconstitutional, the legislator has to change the constitution.

Then the negative sides of judicial activism were considered. Firstly when the court performs the tasks of the other branches, there is always an intervention of principle of checks and balances. But there are other intervention to checks and balances in our legal system as well. Such as the executive branch performs the tasks of courts when deciding bindingly in some cases. By the precedents of the Supreme Court, such interventions are acceptable, if the final decision can be made by the specific branch. Therefore courts are justified to make policy, if the policy made by courts can be changed by the legislator. At the same time such interventions may cause tensions between the branches, which could lead to a situation as it happened in the end of 1930-ies, where the legislator tried to limit the power of courts drastically.

Next it was analysed whether the courts can be blamed for the lack of legitimacy. By the normative legitimacy, as the courts have mediated legitimacy, the legitimacy is not as strong as it is for parliament. As the members of the government are appointed by the President, but

the members of the Supreme Court are appointed by the Riigikogu, the legitimacy of Supreme Court can be considered higher than it is on government. The legitimacy of ministers can be compared to the lower court judges, as they both are appointed by the President. Therefore it can be said that by the principle of chain of legitimation, the lower courts share the same legitimaact as ministers, but the Supreme Court member's legitimacy is even higher than the governments or its ministers.

With the empirical legitimay the attitude towards the authority is considered and valued. The trust and empirical legitimacy is important as the authority with greater trust and support is not so vulnerable to the possible attacks from the other branches and its decisions are widely accepted. Therefore the court needs to avoid activist decisions, which may reduce the empirical legitimacy of the courts. By the surveys, the empirical legitimacy of Estonian courts can be rated quite high.

Lastly the counter-majoritan difficulty was handled. By the principle, the parliament has the direct and immediate legitimation from the people and therefore when intervening in the policy created by the legislator, the courts resists to the will of the peoples majority. In the support of such interventions, courts bring life to the deeper power of will of the people and the constitutional principles. The conflict in terms of who should be the branch who has the final word in the matter of consitutional values is sort by the constitutional dialogue theory. By the theory both the legislative and the judicial branch are the designers of the value order. If the courts decision is unacceptable to legislator, the legislator shall act to rule its own policy in the boundaries set out by the court. Then the court has a right to react the legislators act. Therefore the value order of the society is developed. Also the quality of the legislative process improves. The result of the dialogue can also be the need of change of the constitution, if the legislator cannot carry out the policy due to the court reaction. As the change of constition needs a major support from the people, the court then gives the right to decide whether the policy of the legislator is really the will of people or not.

Next the proposals to lessen the negative impacts of judicial activism were discussed. Firstly there was a proposal to elect judges instead of appointing them. This could lessen the negative impacts of too little normative legitimacy when intervening to the policy created by the legislator, also t olessen the negative impacts of the counter-majoritan difficulty. On the other side when electing judges, judges must run a campaign, which is in conflict with the principle of non-political judges. Secondly with campaigning there are major costs that are usually beared by the political parties or other interests groups. Therefore the independence of the judges

decrease, because there is a danger that judges would rule in support of the persons who supported their campaign. Surveys also show that the electing process make the court system in general unreliable to public – therefore, the empirical legitimacy of the courts decrease.

It was found that electing the judges for specific term to would lessen the negative influences of counter-majoritan difficulty. But then rises the majoritan difficulty, according to which the rights of the minorities may be neglected, because the courts may not be interested to defend the minorities, if the proper measure of defending the minorities is not populaar in larger public. Furthermore, the judicial activism may not decrease, because judges have the extra motive to be activists to get the majorities appreciation. Also there may occur a change that judges start deciding in the interests of wealthier to motivate them to fund judges next campaign. Finally there is a threat to the checks and balances principle, because in case of electing judges, there is a danger of emerging one-way-policy.

Finally it was found that supervision of the courts by the commision of parliament would conflict with the principle of checks and balances, because only the courts should have the final word in terms of judgements. Therefore the internal supervision of courts should continue. In Estonia, persons have the right to appeal at almost every judgement and almost always in two extra instances in which courts are collegial. There are also punitive methods in the supervision of courts, but these are only appliable in the consent of the court system itself. But there is also a public supervision of the courts, therefore not all the supervision methods derive from the courts system itself.

To sum up, the author of this paper finds that even if judicial activism can not be seen as totally harmless concept and the judicial activism has it own negative sides, it is not reasonable to change from judicial appoitment system to electoral system, elect judges for specific term instead of appointing them for life and create a commision of parliament who should supervise the courts to identify any breach of law and unacceptable activism. These measures consist such threats to judges' independence and to the principle of checks and balance that does not overweight the possible benefits that may result from reducing judicial activism.

Kevin Kõo

Kasutatud materjalid

Kasutatud kirjandus

1. Aaviksoo, A. Kohtulik aktivism põhiseaduslikkuse järelevalve funktsioonina. Kui aktivistlik on Eesti põhiseaduskohus? – *Juridica* V/2005. Tartu: TÜ õigusteaduskond 2005;
2. Aaviksoo, A. Kohtuliku aktivismi kontseptsioon. Kohtulik aktivism Eesti Vabariigi Riigikohtu põhiseaduslikkuse järelevalve praktikas 1993-2004. Magistritöö. Tartu: 2005;
3. Aaviksoo, A. Riigikohtu aktivism asjassepuutuvuse ja seadusandja otsustusruumi doktriinide valgel: *vingt ans après, dix ans plus tard*. – Kohtute aastaraamat 2016. Tartu: Riigikohus 2016;
4. Adamany, D ja Dubois, P. Electing State Judges. *Wisconsin Law Review* 1976. No 3;
5. Annus, T. Kohtud kui poliitilised institutsioonid. – *Juridica* IX/2007. Tartu: Juura 2007.
6. Annus, T. Riigiõigus. Tallinn: Juura 2006.
7. Arupärimine samast soost isikute abielu kandmise kohta rahvastikuregistrisse (nr 298). XIII Riigikogu stenogramm. V istungjärk. Esmaspäev, 20. märts 2017, kell 15:00 – Arvutivõrgus: <http://stenogrammid.riigikogu.ee/et/201703201500#PKP-20562> (15.01.2019);
8. Averill Jr, L. H. Observations on the Wyoming Experience With Merit Selection of Judges: A Model for Arkansas. – *University of Arkansas at Little Rock Law Review* 1995. Vol. 17, Iss 2.
9. Bannon, A., Lisk, C., Hardin, P. Who Pays for Judicial Races? The Politics of Judicial Elections 2015-2016. – Brennan Center for Justice at New York University School of Law – Arvutivõrgus: https://www.brennancenter.org/sites/default/files/publications/Politics_of_Judicial_Elections_Final.pdf (12.04.2019).
10. Barrett, A. C. Countering the Majoritarian Difficulty. – *Constitutional Commentary* 2017. Vol 32, No. 1;
11. Bickel, A. M. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. New Haven: Yale University Press 1986;
12. Brown, R. L. Activism is Not a Four-Letter Word. – *University of Colorado Law Review* 2002. Vol. 73. Iss. 4;
13. Bugarcic, B. Courts as Policy-Makers: Lessons from Transition. – *Harvard International Law Journal* 2001. Vol 42, No 1;

14. Canon, B. C. Defining the Dimensions of Judicial Activism. – *Judicature* 1983. Vol 66, No. 6;
15. Chin, G. J, Wagner, R. The Tyranny of the Minority: Jim Crow and the Counter-Majoritarian Difficulty. – *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* 2008. Vol. 43, No 1;
16. Claus, L. P, Kay, R. S. Constitutional Courts as "Positive Legislators" in the United States. – *The American Journal of Comparative Law*. Vol. 58. Oxford: Oxford University Press 2010;
17. Crole, S. P. Majoritarian Difficulty: Elective Judiciaries and the Rule of Law. *The University of Chicago Law Review* 1995. Vol 62, Iss. 2;
18. Epstein, L, Martin A. D., Quinn, K. M., Segal, J. A. Ideological Drift among Supreme Court Justices: Who, When, and How Important. – *Northwestern University Law Review* 2007. Vol 101, No 4;
19. Ernits, M. Tõlgendamisest Riigikohtu praktikas. – *Juridica IX/2010*. Tartu: Juura 2010;
20. Ferejohn, J. A., Kramer, L. D. Independent Judges, Depending Judiciary: Institutionalizing Judicial Restraint. – *New York University Law Review* 2002. Vol. 77. No. 4;
21. Freyer, T. A. Enforcing Brown in the Little Rock Crisis. – *The Journal of Appellate Practice and Process* 2004. Vol. 6, No. 1;
22. Green, C. An Intellectual History of Judicial Activism. – *Emory Law Journal* 2009, Vol. 58, No. 5;
23. Gravison, R. The Role of Courts in Rifted Democracies. – *Israel Law Review* 1999. Vol 33, Iss. 2;
24. Hellman, A. D. Judicial Activism: The Good, the Bad, and the Ugly. – *Mississippi College Law Review* 2002. Vol. 21, No. 2;
25. Hogg, P. W, Bushell, A. A. The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures. (Or Perhaps the Charter of Rights Isn 't Such a Bad Thing after All). – *Osgoode Hall Law Journal* 1995. Vol. 35, No. 1;
26. Jäätma, J. Kas õigusemõistmine on üksnes õiguse mõistmine? – *Juridica II/2016*. Tartu: Juura 2016;
27. Kang, M. S., Shepherd, J. The Partisan Price of Justice: An Empirical Analysis of Campaign Contributions and Judicial Decisions. – *New York University Law Review* 2011. Vol. 86, No. 1;

28. Kergandberg, E. Kohtukaebeõigus, eriti edasikaebeõigus Riigikohtu ja eriti kriminaalkolleegiumi praktikas: kas lihtõiguslik tegelikkus võib tingida põhiseadusliku võimalikkuse ümberdefineerimist? – *Juridica* IV/2018. Tartu: Juura 2018;
29. Kmiec, K. D. The Origin and Current Meanings of Judicial Activism. – *California Law Review* 2004, Vol. 92, Iss. 4;
30. Madise, Ü. jt (toim.). Eesti Vabariigi põhiseadus. Kommenteeritud väljaanne. 4., täiend. vlj. Tallinn: Juura 2017;
31. Marshall, W. P. Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism. – *University of Colorado Law Review* 2002, Vol. 73, Iss. 4;
32. Maruste, R., Schneider, H. Võimude lahususe teoreetilised lähtekohad ja mõned praktilised probleemid Eestis. – *Juridica* III/1994. Tartu: TÜ õigusteaduskond 1994;
33. Mauwese, A., Snel, M. Constitutional Dialogue: An Overview. – *Utrecht Law Review* 2013. Vol. 9, Iss. 2;
34. McConnel, M. W. Active Liberty: A Progressive Alternative to Textualism and Originalism? *Harvard Law Review* 2006. Vol. 119, No. 8;
35. Mikva, A. J, Bleich, J. When Congress Overrides the Court. – *California Law Review* 1991. Vol. 79, Iss. 3;
36. Otto, L. Kohtunike distsiplinaarvastutus ja distsiplinaarkolleegiumi 2002. kuni 2015. aasta praktika analüüs. Magistritöö. Tartu: 2016;
37. Perry, M. J. Judicial Activism. – *Harvard Journal of Law & Public Policy* 1984. Vol. 7, Iss. 1;
38. Pikamäe, P. (toim.). Kohtute seadus. Kommenteeritud väljaanne. Juura. Tallinn 2018;
39. Pilving, I., Merusk, K (koost.). Halduskohtumenetluse seadustik. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura 2013;
40. Purvis, D. E. Evaluating Legal Activism: A Response to Rosenberg. – *Buffalo Journal of Gender, Law and Social Policy* 2009. Vol 17;
41. Roach, K. Dialogic Judicial Review and its Critics. – *Supreme Court Law Review* (2nd Series) 2004. Vol 23;
42. Roberts, C. L. In Search of Judicial Activism: Dangers in Quantifying the Qualitative. – *Tennessee Law Review* 2007, Vol. 74;
43. Rubin, E. L, Feeley, M. M. Judicial Policy making and Litigation against the Government. – *The University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law* 2002-2003. Vol 5;
44. Silberman, L. H. Will Lawyering Strangle Democratic Capitalism? A Rertrospective. – *Harvard Journal of Law & Public Policy* 1998, Vol. 21, Iss. 2;

45. Sootak, J, Pikamäe, P (koost.). Karistusseadustik: kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura 2009;
46. Swygert, L. M. In Defence of Judicial Activism. – Valparasio University Law Review 1982. Vol 16, No. 3;
47. Tushnet, M. Dialogic Judicial Review. – Arkansas Law Review 2008. Vol. 61, No. 2;
48. Tushnet, M. Judicial Activism or Restraint in a Section 33 World. – The University of Toronto Law Journal 2003. Vol. 53, No. 1;
49. Tremblay, L. B. The legitimacy of judicial review: The limits of dialogue between courts and legislatures. – Oxford University Press and New York University School of Law 2005, Vol. 3, No. 4;
50. Voeten, E. Public Opinion and the Legitimacy of International Courts. – Theoretical Inquiries in Law 2013. Vol. 13, Iss. 2;
51. Vooglaid, V. Kohtulik aktivism abielu mõiste moonutamisel. Kommentaar Tallinna Ringkonnakohtu 24. novembri 2016. a otsusele asjas *Ats Joorits vs. Harju Maavalitsus* (3-15-2355). – *Juridica I/2018*. Tartu: Juura 2018;
52. William, M, Sheehan, R. S. The Supreme Court as a Countermajoritarian Institution? The Impact of Public Opinion on Supreme Court Decisions. – *The American Political Science Review* 1993. Vol. 87, No. 1;
53. Wilson, D.B. Electing Federal Judges and Justices: Should the Supralegislators Be Accountable to the Voters. – *Creighton Law Review* 2006. Vol. 39, Iss. 3

Kasutatud õigusaktid

54. Eesti Vabariigi omandireformi aluste seadus. – RT I, 12.12.2018, 9;
55. Eesti Vabariigi põhiseadus. – RT I, 15.05.2015, 2;
56. Inimõiguste ja põhivabaduste kaitse konventsiooni protokollid. – RT II 2010, 14, 55.
57. Karistusseadustik. – RT I, 13.03.2019, 77.
58. Kohtute seadus. – RT I, 13.03.2019, 3.
59. Kohtutäituri seadus. – RT I, 29.06.2018, 20;
60. Kriminaalmenetluse seadustik. – RT I, 13.03.2019, 7;
61. Riigihangete vaidlustuskomisjoni põhimäärus. – RT I, 20.07.2017, 1
62. Täitemenetluse seadustik. – RT I, 19.03.2019, 15;
63. Töövaidluse lahendamise seadus. – RT I, 28.12.2017, 18;
64. Väärteomenetluse seadustik. – RT I, 13.03.2019, 200.
65. Üürivaidluse lahendamise seadus. – RT I 2003, 15, 86

Kasutatud kohtupraktika

Kasutatud Eesti kohtupraktika

66. RKEKm nr 2-17-12525/53;
67. RKHKo nr 3-3-1-6-02;
68. RKHKo nr 3-3-1-10-10;
69. RKÜKo nr 3-3-1-63-05;
70. RKHKo nr 3-3-1-65-03;
71. RKPJKo nr 3-4-1-5-02;
72. RKPJKo nr 3-4-1-7-03;
73. RKPJKo nr 3-4-1-7-08
74. RKPJKo nr 3-4-1-9-03;
75. RKPJKo nr 3-4-1-10-02
76. RKPJKo nr 3-4-1-13-09;
77. RKPJKo nr 3-4-1-20-04;
78. RKPJKo nr 3-4-1-20-07;
79. RKPJKo nr 3-4-1-24-11;
80. RKPJKo nr 3-4-1-27-13;
81. RKPJKo nr 3-4-1-30-14;
82. RKPJKo nr 3-4-1-32-14;
83. RKPJKo nr 5-17-43/12;
84. RKPJKo nr III-4/1-6/1994
85. RKÜKo nr 3-2-1-40-15;
86. RKÜKo nr 3-2-1-60-10
87. RKÜKo nr 3-4-1-5-02;
88. RKÜKo nr 3-4-1-6-12

Kasutatud teiste riikide kohtupraktika

89. *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954);
90. *Caperton v. A. T. Massey Coal Co.*, 556 U.S. 868 (2009);
91. *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1856);
92. *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803);
93. *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. (2015);

94. Paris Theriot, Appellant, v. Mrs. Wanda Mercer, Appellee, 262 F.2d 754 (5th Cir. 1959);
95. Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537 (1896);
96. United States v. Wade, 388 U.S. 218 (1967);

Kasutatud muud materjalid

97. BBC News World Edition. Flashback: Rodney King and the LA riots. – BBC 10.07.2002. Arvutivõrgus: <http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/2119943.stm> (17.04.2019);
98. Brennan Center of Justice. Judicial Selection: An Interactive Map. Arvutivõrgus: <http://judicialselectionmap.brennancenter.org/?court=Supreme> (12.04.2019)
99. Brown v. Board of Education and Attacks on the Courts: Fifty Years Ago, Fifty Years Later. A Justice at Stake Reporters Guide. – Justice at Stake Campaign 2017. Arvutivõrgus: <https://www.brennancenter.org/sites/default/files/Brown%20v.%20Board%20of%20Education%20Attacks%20on%20the%20Courts%2C%2050%20Years%20Ago%2C%2050%20Year%20Later.pdf> (25.03.2019);
100. Eesti kohtuniku eetikakoodeks. Arvutivõrgus: <https://www.kohus.ee/et/eesti-kohtunikud/eesti-kohtuniku-eetikakoodeks> (12.04.2019).
101. Eesti Konservatiivne Rahvaerakond. Volikogu avaldus: EKRE tahab läbi viia justiitsreformi. 03.06.2018. <https://ekre.ee/volikogu-avaldus-ekre-tahab-labi-via-justiitsreformi/> (10.04.2019)
102. Eesti Uuringukeskus OÜ. Menetlusosaliste rahulolu kohtusüsteemiga. Uuringu tulemuste kokkuvõte. Oktoober 2017. <https://www.riigikohus.ee/sites/default/files/elfinder/%C3%B5igusalased%20materjalid/Menetlusosaliste%20uuring.pdf> (04.03.2019);
103. EKRE programm 2019. aasta Riigikogu valimisteks. Arvutivõrgus: <https://www.ekre.ee/ekre-programm-riigikogu-valimisteks-2019/> (10.04.2019);
104. Kangro, K. Pikamäe: parlamendil on täitmata pea kolmandik riigikohtu otsustest. – Postimees. 05.06.2014. Arvutivõrgus: <https://www.postimees.ee/2817770/pikamae-parlamendil-on-taitmata-pea-kolmandik-riigikohtu-otsustest> (15.04.2019)
105. Kangro, K. Rask: riigikogu ei täida põhiseaduskohtu otsuseid. – Postimees. 06.06.2013. Arvutivõrgus: <https://www.postimees.ee/1260950/rask-riigikogu-ei-taida-pohiseaduskohtu-otsuseid> (15.04.2019)

106. Keian, A. Inimese surnuks sõitnud politseinik unustati vangi panna. – Postimees. 16.01.2003. Arvutivõrgus: <https://www.postimees.ee/1993059/inimese-surnuks-soitnud-politseinik-unustati-vangi-panna> (19.04.2019);
107. Olulise tähtsusega riikliku küsimuse "Vabadusele, õiglusele ja õigusele rajatud riik" arutelu. XIII Riigikogu stenogramm. VIII istungjärk. Neljapäev, 15. november 2018, kell 10:00 – Arvutivõrgus: <http://stenogrammid.riigikogu.ee/et/201811151000> (15.04.2019);
108. Riigikogu otsuse "Ivo Pilvingu Riigikohtu liikme ametisse nimetamine" eelnõu (899 OE) esimene lugemine. XI Riigikogu stenogramm. IX istungjärk. Teisipäev, 18. jaanuar 2011, kell 10:00. Arvutivõrgus: <http://stenogrammid.riigikogu.ee/et/201101181000#PKP-7839>;
109. Riigikohtu esimehe ettekanne Riigikogu 2018. aasta kevadistungjärgul. Riigikohtu põhiseaduslikkuse järelevalve 2010.–2017. aasta kohtulahendite täitmine. Arvutivõrgus: <https://www.riigikohus.ee/sites/default/files/elfinder/ylevaated/2018/%C3%9Clevaade%20Riigikohtu%20p%C3%B5hiseaduslikkuse%20j%C3%A4relevalve%202010.%E2%80%932017.%20aasta%20koht....pdf> (15.04.2019)
110. Riigikohtu vastused Euroopa Konstitutsioonikohtute XIV konverentsi küsimustikule „Seadusandliku tegematajätmise probleemid põhiseaduslikkuse järelevalves.“ – Arvutivõrgus: https://www.riigikohus.ee/sites/default/files/elfinder/analyysid/2008/seadusandliku_tegematajätmise_probleemid_psjv-s.pdf (15.04.2019);
111. Roa, M, Klugman, B. Seeking Social Change in the Courts. Tools for Strategic Advocacy. Methodology Workbook. – Women’s Link Worldwide 2018. Arvutivõrgus: <https://www.womenslinkworldwide.org/en/files/3043/seeking-social-change-in-the-courts-tools-for-strategic-advocacy.pdf> (30.03.2019);
112. Turu-uuringute AS. Menetlusosaliste rahulolu kohtusüsteemiga. Küsitlus menetlusosaliste seas. Juuni/August 2013. https://www.riigikohus.ee/sites/default/files/elfinder/dokumendid/menetlusosaliste_uuring_kokkuv6te_2013.pdf (04.03.2019);
113. Uued Uudised. Martin Helme: kohtunike, prokuratuuri ja kohtutäiturite üle tuleb kehtestada järelevalve. Arvutivõrgus: <https://uueduudised.ee/arvamus/martin-helme-kohtunike-prokuratuuri-ja-kohtutaiturite-ule-tuleb-kehtestada-jarelevalve/> (10.04.2019)

114. Uritam, A. Justiitsaktivismist ja kohtute kontrollimisest. Postimees 05.02.2018.
– Arvutivõrgus: <https://arvamus.postimees.ee/4398677/anu-uritam-justiitsaktivismist-ja-kohtute-kontrollimisest> (15.01.2019);

Kasutatud lühendid

EIÕK – Euroopa inimõiguste ja põhivabaduste kaitse konventsioon

Iss. - *Issue*

jt – ja teised

komm. – kommenteeritud

KS – kohtute seadus

lk – lehekülg

No./nr – number

ORAS – Eesti Vabariigi omandireformi aluste seadus

p – *page*

PS – Eesti Vabariigi põhiseadus

vlj. – väljaanne

täiend. – täiendatud

USA – Ameerika Ühendriigid

v. – *versus*

vt – vaata

VTMS – väärteomenetluse seadustik

Lihtlitsents lõputöö reprodutseerimiseks ja lõputöö üldsusele kättesaadavaks tegemiseks

Mina, Kevin Kõo (sündinud 17.04.1995),

1. annan Tartu Ülikoolile tasuta loa (lihtlitsentsi) enda loodud teose „Kohtulik aktivism – selle vähendamise vajalikkusest ja võimalustest“, mille juhendaja on professor Jaan Ginter,
 - 1.1.reprodutseerimiseks säilitamise ja üldsusele kättesaadavaks tegemise eesmärgil, sealhulgas digitaalarhiivi DSpace-is lisamise eesmärgil kuni autoriõiguse kehtivuse tähtaja lõppemiseni;
 - 1.2.üldsusele kättesaadavaks tegemiseks Tartu Ülikooli veebikeskkonna kaudu, sealhulgas digitaalarhiivi DSpace'i kaudu kuni autoriõiguse kehtivuse tähtaja lõppemiseni.
2. olen teadlik, et punktis 1 nimetatud õigused jäävad alles ka autorile,
3. kinnitan, et lihtlitsentsi andmisega ei rikuta teiste isikute intellektuaalomandi ega isikuandmete kaitse seadusest tulenevaid õigusi.

Tartus, 30.04.2019. a.