

Õigusliku orienteerumise piiridel: vaenlasekaristusõigus

Kõigepealt üks märkus: ma käsitlen oma teemat kui õigusteadlane, mitte kui õigussüsteemis tegutseja, seega mitte kui kohtunik või advokaat või positiivse õiguse tõlgendaja ega räägi sugugi kui õiguspoliitik. Ma vaatlen praktiseeruvat õigussüsteemi väljastpoolt ning püüan mõista, miks ta on selline, nagu ta on. Sealjuures olen ma kaugel soovist vaenlasekaristusõigust avastada või konstrueerida; pigem on see minu arvates eest leitav ning seda teatud põhjustel, millest ei saa lihtsalt mööda minna. Aga nüüd juba teema juurde!

I. Probleem: süü versus ohtlikkus

On mõisteid, mis kutsuvad esmasel lähenemisel esile tõrke või koguni vastumeelsuse, kuid osutuvad lähemal vaatlemisel tegelikkuse vaatlemiseks siiski väga sobivaks. Üks selline mõiste on ka *inimkapital*. Esmapilgul näib inimese ja asja seostamine kohatu; Kanti kuulsa väite järgi ei tohi kunagi inimest kokku panna asjaõiguse objektidega, sest inimesse sissesündinud isiksus keelab teda selliselt kohalda.¹ Asjasse süvenemisel näeme siiski, et jutt ei ole inimese sissesündinud isiksusest, vaid isiku võimest võtta oma tööga osa majanduselust, õieti *isiku*, aga mitte orja (see oleks kapital nagu iga muugi) võimest. Kant ei heitnud teatavasti midagi ette korralistele teenistussuhetele, tal on ju ka endal teener.

Teine sedalaadi mõiste on *vaenlasekaristusõigus*. Spontaanse reaktsioonina sellele kõlab sageli vastuväide, et õigusriigis peab ka kurjategija jääma õiguses isikuks, kodanikuks ning teda ei tohi tembeldada mittekodanikuks, mitteisikuks. Nii lihtne see asi muidugi ei ole. Heidame põgusa pilgu suurtele vabadusfilosoofidele, ka juba kõne all olnud Kantile, ning me näeme kohe, et ka tema lähtus sellest, et mõrvar, kes hukati või röövel, kes orjatööks galeerile aheldati – ja need olid tollases õiguses tavalised karistused – kaotasid oma isiksuse kui *kodanikud*. Kanti järgi on

¹ I. Kant. *Metaphysik der Sitten*. 2. Aufl. Königsberg: Nicolovius 1798, lk 226.

võõrandamatu ainult *kaasasündinud* isiksus, mitte aga kodanlik. Timuka mõõga all või ahelates olevat kurjategijat ei saanud Kant nimetada kodanikuks, sest selleks oli tema keel liiga täpne.²

Milles seisnes siis üldse Kanti suur panus karistusõigusesse? Sellele küsimusele vastamiseks tuleb heita pilk talle eelnenud ajale, seega siis valgustusajastu riigifilosoofiale. Selle järgi kujutas karistus endast eesmärgipärast sekkumist kõikide potentsiaalselt kuritegevusele kalduvate isikute hirmutamiseks. Karistuse määr kujunes niisiis selle järgi, mida oli vaja *teiste* hirmutamiseks, mitte aga – nagu me tänapäeval ütleme – kurjategija süü järgi. Chr. Wolffilt, keda ei saa teadupärast just kultuurituks pidada, pärineb mõtteavaldus, et kui varaste ülespoomisest enam hirmutamiseks ei piisa, siis tuleks neid hakata ratastama ja seda isegi siis, kui süüdlase enda õigele teele juhtimiseks aitaks ka kergemast karistusest.³ Üldine kasu määrab karistuse raskuse, mitte kurjategija süü ega tema deliktilise kalduvuse ulatus.

Kantist peale ei soovitud enam töötada sellise ainult eesmärgipärasusele suunatud väljavaatega. Ka kurjategijasse sissesündinud isiksus ei võimalda teda üldistes huvides ohverdada, või nagu juba tsiteeritud, teda asjaõiguse objektide hulka segada; teda tuleb karistada vastavalt tema teenetele, õieti küll negatiivsetele teenetele ehk vastavalt tema süüle.⁴

Süüga suurusega piiratud sekkumise problemaatika üle hakkasid kaks karistusõigusteaduse suurmeest diskuteerima juba vahetult pärast Kanti vastavaid seisukohavõtte, seega 1800. aasta paiku ning nad on seda teinud tänase päevani arvestatava tõsidusega (ühtlasi hakkas ma käesolevaga lähenema vaenlasekaristusõiguse erisustele, eelkõige terroristidesse suhtumise küsimusele). Jutt on Karl Grolmanist ja Anselm Feuerbachist, kes pidasid end otsustavalt Kanti pooldajateks. Vaidlust võib veidi ümber sõnastatult iseloomustada kui küsimust, kas karistus peab olema suunatud kurjategija ohtlikkusele või tema süüle?⁵

² I. Kant (viide 1), lk 228: „orjaseisund”.

³ Chr. Wolff. Vernünftige Gedanken von dem gesellschaftlichen Leben etc. 4. Aufl, 1736 (uustrükk 1975), § 344.

⁴ I. Kant (viide 1), lk 226.

⁵ Tuleb esile tuua järgmisi tekste: K. Grolman, Über die Begründung des Strafrechts und der Strafgesetzgebung, 1799, uustrükk: T. Vormbaum (Hrsg). Texte zur Strafrechtstheorie der Neuzeit. Bd 1. Baden-Baden: Nomos 1993, lk 282 jj; K. Grolman. Sollte es denn wirklich kein Zwangsrecht zur Prävention geben?, 1800 (T. Vormbaum, lk 299 jj); A. Feuerbach. Über die Strafe als Sicherungsmittel vor künftigen Beleidigungen des Verbrechers. 1800 (T. Vormbaum, Bd 2, 1993, lk 11 jj).

K. Grolmani järgi saab isikule suunatud mistahes sündi ainult siis legitimeerida, kui see teenib „vabaduse kaitset”, isiku õiguste kaitset. Selle lähenemise võtab Grolman üle Kantilt, kes põhjendab isiku vastu suunatud sunni volitusi „vabaduse takistamise tõkestamisega”. Kuid erinevalt Kantist paigutab Grolman selle legitimaatsiooniõude ka karistussunnile, mida Kant mõistab mitte vabaduse eeldusena, vaid süü heastamisena, õiglase kättemaksuna. „Niisiis kui karistus peab olema õiguslik sunnivahend, siis tuleb seda ka nii põhjendada, et see, kelle vastu seda kasutatakse, kujutab endast vabaduse takistust”, väidab Grolman. Aga miks on kurjategija ka *pärast* tegu ikka veel vabaduse takistus? Selle kohta ütleb Grolman, et tal puudub õiguslik meelestatust, mida tema tegu ka tõestab. Õiguse seisund nõuab teiste rahu austamist mitte ainult „teatud hetkedel”, seega mitte ainult tegutsemise ajal, „vaid juba praegusel momendil seisneva turvalisuse häirimatust järgnevate momentide jaoks”. Moodsas keeles tähendab see, et ainult teatud kognitiivse turvalisuse korral annab õigus orientiiri, millest tuleb veel põhjalikumalt juttu. Grolman läheb aga edasi: kurjategija häirib õigussuhteid mitte ainult oma teo toimepanemisega, „vaid juba loobudes tahtest teisi mitte kunagi kahjustada”. Iseenesest tuleb iga isiku puhul eeldada, vähemalt kui puuduvad vastupidised osutused, et ta käitub õiguslikult, ehkki selline eeldamine on siiski „problemaatiline mõõnmine” ning see kaotab kurjategija teo tõttu oma aluse. Nimetatud eelduse taastamiseks tuleb vastassuunalised osutused kõrvaldada, nimelt „preventiivsete sunnivahendite eesmärgipärase kasutamisega ..., mis läbi ohuga ähvardaja eemale hirmutatakse või tal ähvarduse teostamine võimatuks muudetakse.” Lühidalt öeldes: Grolmani arvates muudab iga kurjategija end oma teoga dubioosseks (kaheldavaks) nähtuseks, sest tema õigustruudusele ei saa enam kindel olla ning tema eest tuleb end kindlustada.

A. Feuerbach leiab seevastu, et õiguskord ei nõua sugugi kõigi kodanike õiguslikku *meelestatust*, vaid hoopis „kodanliku ühiskonna korraldamist, sellist ühiskonnakorraldust, kus oleks *võimatu* õigust rikkuda”. Teisisõnu, kuivõrd inimesed oma loomulikus olekus ei saa pakkuda mingit käitumistagatist, siis tohib neid kodanliku põhikorra alla sundida. Riigi ülesanne on anda kodanikele omavahelise vägivaldavaba lävimise tagatis, mistõttu iga üksikodaniku tagatis ei ole vajalik. Niisiis, seda, mida Grolman tahab saavutada preventiivkaristusega, peab Feuerbach teostatavaks kodanliku ühiskonna seisundi endaga, seega toimiva politseiga.

Feuerbach pakub ilmselt üle, kui ta räägib võimatusest kodanlikus ühiskonnas õigus rikkuda. Muidugi tunneb temagi hädakaitset, seega eraviisilist preventiooni. Ka Grolman pakub üle, pidades lihtsalt iga kurjategijat nii kaheldavaks nähtuseks, et teda tuleb järgnevate kuritegude ärahoidmiseks karistada. Aga ometi on olemas eriti ohtlikke ilminguid, elukutselisi kurjategijaid, harjumus- ja kalduvuskurjategijaid, terroriste ja paljusid teisi, kellel on kindlalt juurdunud deliktikaldumus ning seetõttu mõjub naiivselt, kui Feuerbach ei taha selliste kurjategijate täiendavast kohtlemisest midagi teada.

Ühes asjas vaidleb Feuerbach kindlalt Grolmanile vastu, nimelt väites, et õigusliku meeleastatuse kohustus kuulub moraali, mitte aga õiguse valdkonda, sest „üksnes meeleastatusega ..., mis võib olla moraalivastane või õigusvastane, ei saa kuidagi õigusi rikkuda”. Siinjuures on õige, et Kanti seisukohalt piisab õiguses *legaalsusest*, õiguse välisest järgimisest, kus aga *moraalsust*, käitumist kohustuste täitmiseks ei nõuta. Meelestatus, milles sisaldub illegaalsus, ei ole seetõttu *per se* veel õiguserikkumine. Siiski ei tasu Grolmani mõtteid täielikult kõrvale heita, sest kui kurjategija puudulik legaalsusmeelestatus pikemat aega selgelt ilmneb, tundub see olevat niisugune reaalsuse eiramine, mis üldiselt osutab deliktiprofülaktika vajadusele, kui see just ei paisu totaalseks jälitusaparaadiks. Ka sellest tuleb edaspidi veel juttu.

Niisiis mõistab Grolman karistamisõigust ühekülgselt kui üksnes eripreventiivset sunnivahendit edasiste kuritegude ohu tõrjumiseks. Samas näeb ta õigesti, et igäüks, keda tuleks õiguisisikuna kohelda, peab pakkuma teatud tagatise, et ta käitub nagu isik õiguses.

II. Isikud

Seega on sissejuhatuse lõppenud ning visandatud mõistepaar, millega ma tahaksin järgnevalt töötada: kurjategija süü *versus* tema ohtlikkus, või süüdi olev kodanik *versus* ohtlik indiviid ehk *versus* vaenlane, kõige teravamal kujul kui terrorist.

Ma alustan märkustega käsitluse keskpunktis olevast isiku mõistest. Isik õiguses ei ole, nagu sageli arvatakse, inimindiviid või subjekt, seega eneseteadlik indiviid, vaid osatäitja, samuti õiguse adressaat. Isikule adresseeritakse kohustusi, mida ta peab täitma ja õigusi, mille täitmist ta

võib nõuda. (See käsitlus on muuhulgas sama ka Hegeli õigusfilosoofias: isik on õiguste ja kohustuste kandja, mitte inimene, kes on Hegeli jaoks üksnes vajaduste kogum (Bedürfniswesen).⁶ Sellega on esialgu siiski ainult määratletud õiguste ja kohustuste adreassaadi mõiste. Nagu igaüks teab, on niinimetatud (ja väga halvasti nimetatud) füüsiliste isikute⁷ kõrval (kui soovitakse, siis inimene kui osatäitja) ka juriidilised, või nagu varem öeldi, moraalsed isikud – alates aktsiaseltsidest kuni riigini välja.

Juba nende paljususe tõttu, mis – või õieti küll kes – kõik võivad olla isikud, on välistatud, et kõiki isikuid käsitada oma õiguste ja kohustuste kogumis *identsete* isikutena. Toon paar näidet. Täiskasvanud füüsilisele isikule kuulub tänapäevases moodsas riigis õigus võtta osa poliitilistest valimistest või täiskasvanuna abielluda, aga enesestmõistetavana ei saa laps valida ega abielluda, veel vähem saab seda teha juriidiline isik; saadiku avaliku isiku juurde kuulub ka võimalus parlamendis argumenteerida ja hääletada, mida aga ei saa teha iga füüsiline isik. (Savigny võttis omal ajal mõistet „isik isikus” sel viisil pilgata, et tegi ettepaneku anda juriidilisele isikule õigus kehtestada teise üle eestkoste).⁸

Nagu näeme, on *isik* kontekstist sõltuv mõiste. Otsustav küsimus on niisiis selles, kelle ja miks kuulutab õigus õiguste ja kohustuste adressaadiks? Laps on piiratum isik kui täiskasvanu, juriidiline isik reeglina piiratum kui füüsiline; lühidalt: isiku mõiste on õiguses kvantifitseeritav ning seega on ulatuslikumaid ja kitsamaid isikuid. Nagu teada, vaieldakse praeguseni selle üle, kas juriidiline isik saab olla isik ja seega ka vahetu karistamisobjekt ka karistusõiguses, ning pikemat aega on arutatud, millistele põhiõigustele võib loota juriidiline isik.

Isikut võib seega depersonaliseerida, mis aga ei tähenda, et tema isiksusest ei jääks midagi üle ning ta kaoks täielikult. Depersonaliseerimine õiguses on osaline, nagu näiteks vara võõrandamine ei tähenda kogu omandi äravõtmist: osa õigusi võetakse ära, osa jääb alles. Depersonaliseerimise silmatorkavaim näide on Guantanamo vanglast: vangidelt võeti peaaegu kõik õigused, aga siiski ainult peaaegu, sest neilt ei võetud õigust kehalise puutumatusel alusetule rikkumisele ega õigust elule, mida ole küll kahetsusväärset vähe, kuid oli siiski midagi.

⁶ G. Hegel. Grundlinien der Philosophie des Rechts. 1821, § 190.

⁷ Saksa keeles *natürliche Person*, loomulik isik (tlk).

⁸ F.C. Savigny. System des heutigen Römischen Rechts. Bd 2. 1840, § 94.

Järgnevalt peatun küsimusel, mida tähendab isiku kujutamine ühiskonnas. See kujutamine on midagi enam kui puhtalt mõtteline ettevõtmine või lihtsalt postulaat, olgu siis ükskõik, kui hästi põhjendatud. Sellistele kujutlustele või postulaatidele ei saa kunagi orienteeruda. Kui ma näiteks loomakaitselistel kaalutlustel kujutan ette, et ka loom on õiguste ja kohustuste kandja, siis teen ma end küll naeruväärseks, kuid ei suuda siiski luua isikut. Mina kui üksikisik ei saa luua isikut – vähemalt mitte sellisel vägivaldsel viisi, nagu Rooma keiser nimetas oma hobuse senaatoriks. Võim saab küll nii oktruajeerida, kuid mitte luua ühiskonnaliiget. Sääraseid mõtte- ja võimumänge tunnistab see, kes tahab kaasa mängida või võimule alluda, kuid sellisel viisil ei muutu midagi objektiivseks vaimuks, õiguseks.

Isik ühiskonnas tähendab olla selles ühiskonnas pidevalt ja täielikult tunnustatud kui õiguste ja kohustuste kandja ning seda mitte sunnitud, vaid enesestmõistetavalt seatud viisil. Sealjuures ei saa keegi olla pidevalt totaalne – isiku mõiste on elastne. Ta on seda koos ühiskonna kõigi normatiivsete struktuuridega, nagu seda võiks selgitada näiteks varguskeelu normatiivse struktuuriga. Ehkki vargus leiab aset ning varas tabatakse ja teda karistatakse, ei ole varguskeeld sugugi kahjustatud, sest varga kohtlemine vargana näitab, et ühiskond jääb oma struktuuri juurde. Süüdimõistva kohtuotsuse ja karistamisega näidatakse, et vea on teinud varas, aga mitte need, kes usuvad selle keelu kehtivusse. Isegi kui varast ei tabata, kuid politsei asjaga tegeleb, näitab see keelu kehtivust.

Aga nagu teada, ei tegele politsei asjaga alati eriti intensiivselt, näiteks jalgrattavarguse korral üliõpilaslinnakust. Mida teha? Omanik püüab kahju sellega vältida, et lukustab ratta ketiga. Siin on tegemist juhtumiga, mille kohta Feuerbach väide, et ühiskond ja riik hoolitseb turvalisuse eest, on üle pakutud. Turvalisuse eest hoolitseb ka omanik ise, vähemalt argitähenduses. See aga ei tähenda, et omanik eeldaks varguskeelu mittekehtimist, kuid kehtivuse normatiivne külg on tema jaoks ebapiisav ning ta ei näe enne rahuldavat orientiiri, kui on selle kognitiivselt kindlustanud. Meil on kombeks maja uks nii sulgeda, et seda ei saa väljastpoolt ilma võtmeta avada. Miks õieti, kui niigi on teada, et võõras *ei tohi* ilma loata sisse minna? Aga seepärast, et lihtsalt mittetohtimine on orientiiriks ebapiisav ega ole kognitiivselt kindlustatud. Veidi julmemalt

küsites, kes on oleks nõus võtma üle keskmise riski surma saada üksnes seetõttu, et teda *ei tohi* tappa?

Öeldust saab üldistada: normatiivne struktuur sobib ainult siis orientiiriks, kui see on kognitiivselt kindlustatud. Grolman märkis seda täpselt, ehkki küll veidi ühekülgselt. Normatiivsed ootused ei paku tegelikus elus orientiiri üksnes seetõttu, et nad on normatiivsed, olgu need siis ükskõik kui hästi õigusfilosoofiliselt põhjendatud. Lisaks peab esinema ka teatud tõenäosus, et kahju ei saabu.

Selle tulemuse võib üle kanda ka isikule kui õiguste ja kohustuste kandjale; kui ta ilmselgelt ei täida oma kohustusi, ei saa teda ka käsitada kui intaktset (veatut) isikut. On ju selge, et keegi ei usalda oma last pedofiilile või kassat petturile. See ei tähenda aga, et sellised õiguserikkujad oleksid muutunud isikutest vaenlasteks. Nagu öeldud, on isiku mõiste elastne ning üksnes episoodilist eksimust saab kognitiivse kindlustamisega lokaliseerida. Kuid siiski on tegemist eksimusega, millega isik end ise kitsendab ning tema isiku täielikkus on kaduma läinud; otse öeldes – isik on ära mõlgitud.

Isiku mõiste elastsust on eriti hea näidata hädakaitse õigusinstituudi abil. Hädakaitse on teatavasti vahetu õigusvastase ründe tõrjumine, ja juba see üksi aitab meid praeguse probleemi käsitluses palju edasi. Esiteks saame ühele poole normatiivse ootuse ja Feuerbachi väitega, nagu tagaks riik turvalisuse: rünnatav peab ise midagi tegema, et vältida kahju, nimelt peab ta olukorda kognitiivselt leevendama. Teiseks toimub see leevendamine paratamatu tegutsemisega ründaja vastu, millega rünnatav võtab jõudu kasutades ründaja organiseerimise enda kätte, lüües ta pikali. Selline osaline „sundkorraldamine” on käitumine, mida ei tohiks üles näidata isiku suhtes selle mõiste täielikus tähenduses, sest nii kärbitakse vabadust. Tuleb rõhutada, et just selles mõttes ei kohtle kaitsja ründajat isikuna, depersonaliseerib ta. Kuid, ja seda kolmandaks, depersonaliseerimine on seetõttu legitiimne, et sobivate kaitsevahendite hulgast tohib valida just sellise, mis kõige enam säästab ründajat. Miks? Sest isiku mõiste on elastne ja ründaja aktuaalne kohustusterikkumine lubab küll teda sundida, kuid ootuses, et pärast seda käitub too jälle isikuna. Ründajat ei tohi seega kui väärtusetut eksistentsi maha kanda. Aga, ja seda viiendaks, kõiki sobivaid kaitsevahendeid tohib kasutada, erinevalt muudest juhtudest, kus tuleb kaaluda

vastanduvaid huvisid. Näiteks kui kallid tõukoer kavatseb katki närida minu kingi, siis ei tohi ma tekkida võivat kahju arvestamata kohe kasutada mistahes sobivat tõrjevahendit. Miks on aga õigusvastase ründe korral hädakaitseisundis see lubatud? Sest ta vastutab ründe eest kui isik, mitte kui loom.

III. Vaenlased

A. Mõjutusvahendid

Isiku mõiste elastsus ei keela aga mõnikord siiski Rubicost üle minna ning määravaks saab depersonaliseerimine, nõutav sundkorraldamine. Siis muteerub isik – mitte küll täielikuks – vaenlaseks. Piiri ei saa küll matemaatilise täpsusega kindlaks määrata, kuid kindel kriteerium on siiski võimalik: isikuline taandub ning esile tuleb vaenulikkus. Isiku õigusi tuleb kärpida, sest tulevast õiguspärasest käitumist vähemalt teatud valdkondades ei saa temalt enam ilmselt pikemat aega oodata. Sel juhul tuleb teda kohelda kärbitud õigustega võõrana. Selline vastutusvõimeliselt kujundatud tahtest tulenev võõrkohtlemine on isikulisusega kokkusobimatu. Isik muteerub ohukoldeks, nagu Grolman – küll veidi liialdades – väitis juhtuvat iga kuriteo korral.

Mõeldavasti on kõige selgem vaenlasekaristuseõigusliku regulatsiooni juhtum julgestusvangistus (Sicherungsverwahrung), mis ei ole küll karistus, kuid mis kujutab mittekaristusliku mõjutusvahendina siiski õiguslikku reaktsiooni kuriteole ning on seetõttu reguleeritud karistusseaduses (Saksamaa karistusseadustiku StGB §-d 66 jj). Julgestusvangistuse ainuke eesmärk on kinnipeetava uute kuritegude ärahoidmine. Siit on selgelt näha: normatiivsel ootusel, et kinnipeetav hakkab edaspidi käituma isikuna ja oma kohustusi täitma, puudub piisav kognitiivne kindlus. Mõjutusvahendi karmusest hoolimata ei depersonaliseerita kinnipeetavat – ja ma tahaksin sõnastada – mitte täielikult. Tal säilib õigus elule ja kehalisele puutumatussele, samuti omandile, mida ta vabaduse puudumise tõttu ei saa küll tavapäraselt kasutada. Tal säilib veel muugi, kuid esiplaanile jääb siiski ohtlikkuse tõttu kinnipeetav indiviid, ühiskonna vaenlane, mitte vaba kodanik, mitte oma õigusi täielikult kasutav isik.

Julgestusvangistus näitab ühtlasi mõnede vaenlasekaristusõiguse regulatsioonide vältimatust. Ka seda ütlen ma mitte legitimeerivalt, vaid kirjeldavalt: riik, kes peab kaitsma ja tahab kaitsta oma kodanikke ettenähtavate kuritegude eest, ei pääse sellisest institutsioonist mööda. Nüüd saab tuua selgelt nähtavale kinnipeetavale jäänud õigused ja tema kaasasündinud isiksuse, see on ju jäänukisik, millest võib rääkida, kuid me ei tohi unustada, et tervikpildi määrab sunniviisiline depersonaliseerimine ja mitte jäänukisik.

Peale selle näitab julgestusvangistus kogu oma jõulisuses, et süüdlase väljalülitamine on tegelikult eneseväljalülitamine, sest see ei toimi nagu teda tabanud saatus, vaid kujutab endast tema varem toimepandud *süüliste* tegude ja tulevaste *süüliste* tegude järelmit. Nii toimub ka kõigi vaenlasekaristusõiguse regulatsioonide korral: kui kurjategija hakkab end nii ülal pidama, et ta ise näitab jälle üles kognitiivset miinimumtagatist oma käitumises, kaotab ta vaenlase omaduse.

Eelpool ma juba põhjendasin, et igal kodanik peab täitma kohustuse või vähemalt (õigemini) nõude näidata ennast kognitiivselt usaldatavana.⁹ Mulle on Kanti ja Feuerbachi seisukohtadest lähtudes vastu vaieldud, et see on totalitaarne: „Riik üks ei ole pädev tagamaks kodaniku põhiõigust turvalisusele. Ka igal üksikisikul (nii kõlab etteheide – G. J) on reaalne kohustus lahendada turvalisuse küsimusi.”¹⁰ Ma eeldan, et asi näeb teisiti välja ning totalitaarsuse ohtu saab vältida, kui on vähemalt alust arvata, et nõudeid järgitakse. Kui ühiskond hoolitseks ainult politsei abil õiguse piisava kognitiivse tagatuse eest, tuleks üles ehitada nii tihke järelevalveriik, et vabadusest ei saaks enam jutugi olla. Muidugi võib – Kanti mõtemängu järgi – ka kuradite rahva põhiseaduse alla sundida, kui neil vaid mõistust oleks, kuid seda põhiseadust tuleks siis nii intensiivselt täide viia, et iga kuradi selja taga peab iga päev politseinik seisma. Pealegi tuleks ka politseinike järele pidevalt valvata jne.¹¹ Muide, nimetatud käitumisnõuetel ei ole midagi pistmist moraalinõuetega, sest kodanik ei pea sugugi üles näitama riigikodaniku meelestatust, vaid temalt

⁹ G. Jakobs. Terroristen als Personen im Recht? – Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 2005/117, lk 839 jj, 841 jj.

¹⁰ F. Saliger. Feindstrafrecht: Kritisches oder totalitäres Strafrechtskonzept? – Juristenzeitung 2006, lk 756 jj, 762, l. veerg.

¹¹ M. Pawlik. Kants Volk von Teufeln und sein Staat. - B. Sharon Bird ua (Hrsg). Jahrbuch für Recht und Ethik 2006/14, lk 269 jj.

oodatakse eelkõige kognitiivselt legaalset käitumist, veelgi vähem, ta peab olema allutatav. Ei ole mingit tähtsust, millistel põhjustel kodanik legaalselt käituma hakkab.

B. Eelala

Julgestusvangistuse kõrvale võib tuua veel teisigi mõjutusvahendeid. Ma jätan need siiski sinnapaika ning pühendun järgnevalt kuritegelikele ja – eelkõige – terroristlikele ühendustele. Vastava regulatsiooni ja ametliku tõlgenduse (!) kohaselt kuulub sellise ühingu liige või juht karistamisele mitte oodatava kuriteo eest, vaid liikmelisus *on* juba kuritegu. Seega on lõpuleviidud kuritegu olemas juba ammu enne veel ebamääraselt ettekujutatavate terroriaktide toimepanemist. Ma püüan näidata, et selline tõlgendus ei ole mitte midagi muud kui ilumaaling. Millest on jutt? Terroriühenduse juhti võib karistada kuni 15-aastase vangistusega ainuüksi organisatsiooni toimimise eest ilma, et terroriaktideni üldse jõutaksegi. See karistus on sama, mis lõpuleviidud tapmise põhikoosseisu korral!

Laiemas plaanis räägitakse selliste kuritegude puhul nagu terroristliku ühenduse loomine, karistatavuse *eelalast*, millega mõeldakse materiaalses mõttes mitte *lõpuleviidud* tegu, nagu näiteks mõrva või vabaduse võtmise¹² korral, ka mitte nende katset, vaid midagi sellele eelnevat, eelalale jäävat, mis nagu tegutsemine terroristlikus ühenduses, loetakse lõpuleviidud teoks. Mõistagi tõstatab see küsimuse, kas õigusriigis on ikka selline asi nii lihtsalt võimalik. Et näidata, kuidas seadusandja võib *vargsi (clandestin)* vaenlasekaristusõigusesse libiseda, tuleb suunata pilk selliste eelalade ülimalt ilmekale kujunemisloole.

Üldine (!) kuriteo ettevalmistamine oli 19. sajandil mittekaristatav, mis sobib Kanti ja Feuerbachi seisukohtadega, et allumine kodanlikule põhikorrale annab turvalisuseks piisava tagatise ning väldib kuritegude toimepanemise. Näiteks ei tundnud Preisimaa 1851. aasta ja ühendatud Saksamaa 1871. aasta karistusseadustikud kuriteo ettevalmistamise üldist karistatavust (ehkki erijuhtudel, näiteks riigireetmise korral küll). Täideviimise kõrval oli seega karistatav ainult katse. Alles pärast nn kultuurivõitlust (Preisi riigi võitlus katoliku kirikuga laitsismi¹³ üle), kui

¹² Verschleppung: StGB § 234a, millele vastab meie KarS § 134: isikuvabadust piiravasse riiki toimetamine (tlk).

¹³ *Laizismus* (sks *Laie* – ilmik, ilmalik), kiriku ja riigi täielikku lahutamist nõudev maailmavaade (tlk).

belglane Duchesne pöördus Belgia jesuiitideprovintsiaali ja Pariisi peapiiskopi poole ettepanekuga suure tasu eest mõrvata Bismarck, kehtestati norm, mis nägi selliste raske kuriteo (alates karistuse teatud alammäärast) ettevalmistamise eest vanglakaristuse (mitte küll kinnipidamise kindlusevanglas kui raskeima vangistuse liigi) 3 kuust kuni 5 aastani ning muu kuriteo ettevalmistamise eest vangistuse kuni 2 aastani. See regulatsioon oli leebe ning ei pidanud silmas vaenlase tulevast ohtlikkust, vaid kaitses hoopis seda, mida süüdlane ainuüksi ettevalmistava tegevuse kahjustas, nimelt avalikku turvalisust. Aastal 1943 (!) seotigi kuriteo ettevalmistamise karistusraam nende kuritegude kavandamisega, seega pandi ülevalt poolt paika, et avaliku julgeoleku vastane süütegu muutus karistatavaks ettevalmistamiseks. Tänapäevani ei ole siin midagi muutunud, näiteks kui abikaasad kinnitavad teineteisele õhtul magamistoas, et päranduse saamiseks tapavad rikka onu, võib neid juba ainuüksi seetõttu karistada vangistusega 3 kuni 15 aastani. Seega peaks olema ka selge, mida on mõeldud: kodanik, kes on tehtud vastutavaks avaliku turvalisuse häirimise eest, kantakse oma plaanide tõttu üle ohtlike indiviidide, nimelt vaenlaste hulka. Ühes väga tuntud õpikus, mille autor astub eriti teravalt välja selle vastu, et vaenlasekaristusõigust juba ükskord teadmiseks võtta, nimetatakse kuriteo ettevalmistamise karistatavust lihtsaks asjaks, sest riik peab ju ometi „eriti ohtliku käitumise” eest karistama. Kuid õigusriiklikult peaks aga olema korrektne anda problemaatilistele regulatsioonidele õige nimi, haarates neid mõiste alla, milles ilmneb ka probleem ise – nimelt vaenlasekaristusõigus.

Nagu kuriteoennetuses, nii käitatakse ka ühinemiskeeluga seoses. Teadagi, et terroristlik ühendus ohustab turvalisust oluliselt ning seetõttu on põhjendatud selle karistamine, kes seal kaasa teeb. Aga karistumäär – nagu öeldud, kuni 15 aastat vangistust – näitab, et arvesse võetakse ka midagi muud, nimelt kõigepealt teiste selge hirmutamise ja teiseks vajadust lülitada kurjategija välja tulevase kuriteo ohu tõttu. Mis tuleb ühe kuriteo kangas ilmsiks, see ilmutab end tulevaste tegude tõkestamiseks – nimelt vaenlasekaristusõigus.

Regulatsiooni kui sellist ei tahaks ma kritiseerida, pealegi jääb see ka praktiliselt tulutuks, sest vahepeal on selle kohta ilmunud ka Euroopa õiguse juhtnöörid. Küll aga häirib, et seadusandja on ladusalt vaenlasi puudutavaid regulatsioone – kasvõi kuritegeliku või terroristliku ühenduse loomise keeld koos sinna juurde kuuluvate, julgestamiseks ja hirmutamiseks mõeldud suurte

karistusahvardustega – paigutanud „kuhugi” karistusseadustikku, seega seda teistest deliktidest piiritlemata. Kui näiteks terroristile kohaldatavatele karistusele, mis on normikehtivuse hoidmiseks vajalik, lisatakse – *sit venia verbo*¹⁴ - nn turvalisand, miks siis mitte ka sellesama koodeksi järgi süüdi mõistetavale tüütule vargale? Kord, mille kohaselt tuleb reeglina kohelda kurjategijat kui isikut õiguses, kaotab selliste tüübisegaduse juures oma selguse. Erandid ei ole piisavalt selgelt välja toodud, mistõttu kujuneb üldine suundumus lasta kõike määrata üksnes eesmärgipärasusel. Teisiti öeldes, kui ei tehta selget vahet vaenlase ja kodanikust kurjategija vahel, siis ei tasu ka imestada, et mõisted „sõda” ja „kriminaalmenetlus” segamini lähevad. Viimasel juhul ootab karistusõigus, kuni tegija on oma teo eksternaliseerinud (selle välja toonud) või on vähemalt süüteoaktse näol üritanud teise isiku õigusi kahjustada; esimesel juhul – sõjas – toimitakse tendentslikult, nagu osutub otstarbekaks.

C. Menetlusõigus

Materiaalõiguse olukorrale vastab ka olukord menetlusõiguses. Süüdistatav on õigusriikliku menetlusõiguse reegljuhtumil menetlussubjekt, kaasatoimiv isik ning just see eristab reformitud menetlust inkvisitsioonilisest. Tema subjektiseisundi näitena võib tuua õiguse olla ära kuulatud, esitada tõendeid, osaleda isiklikult ülekuulamisel ja eelkõige õigus, et teda ütluste saamiseks ei petetaks, sunnitaks ega ahvatletaks (Saksamaa kriminaalmenetlusseadustiku StPO § 136a). See on kriminaalmenetluse üks külgi.

Teiselt poolt vastandub sellele isikulisele, menetlussubjektsuse küljele mitmesugune selge sund, eelkõige vahistamise näol (StPO §-d 112-112a). Kui julgestusvangistuses ei tunnista süüdistatavat isikuks ja ammendudes tema füüsilises sundimises, siis vahistamine korral on asi teisiti, nimelt peab süüdistatav protsessis kaasa tegema – ta võtab menetlusest osa *isikuna* ning teda sunnitakse selleks vahistamise kaudu. See sund ei ole suunatud isiku vastu õiguses, sest selline isik ei takista asjaolude tuvastamist ega põgene, ei realiseeri seega vahistamise aluseid; sund on suunatud hoopis indiviidi vastu, kes oma kreatuurlike¹⁵ tungide ja hirmude tõttu on korralisele õiguslikule menetlemisele ohtlik ning toimib seetõttu nagu vaenlane. Samuti käitub ta

¹⁴ Iad: teie lahkkel loal; kui te lubate (tlk).

¹⁵ Looduslike, allutamata (tlk).

nende jälitustoimingute suhtes, millest ta nende kohaldamise ajal midagi ei tea ega peagi teadma, sest need abinõud toimivadki ainult seni, kuni süüdistatav neid ei taju. Näitena võib tuua sidekanalite jälgimist (StPO § 100a), eluruumis toimuva eraviisilise vestluse pealtkuulamist (StPO § 100c, „salarünne”) ja politseiagendi tegevust (StPO § 100a). Nagu materiaalseski vaenlasekaristusõiguses, ekskludeeritakse (tõstetakse välja) ka siin süüdistatav oma õigustest, sest ei ole alust eeldada, et ta hakkaks oma kohustusi järgima.

Samuti kehtivad paralleelselt materiaalõigusega silmatorkavad vaenlasekaristusõiguslikud regulatsioonid terroriohu tõrjumisel, kusjuures näiteks kontaktikeeluks, nimelt kontakti keelamiseks kinnipeetavate enda vahel või kaitsjaga kokkusaamiseks piisab vihjest, et see võib ohustada elu, tervist või vabadust (Kohtukorraldusseaduse kehtestamise seaduse EGGVG § 31 jj).

Nimetatud kriminaalmenetluse instituutidest ei tasu siiski ära ehmuda, sest need võivad osutada vajalikeks ühiskonna kaitsmisel vaenlaste eest. Aga neid tuleks tohtida siiski nimetada õige nimega: „suur salarünne” *kodaniku* vastu või *tema* salajane jälgimine ei sobi kokku tema kui kodanikuga. Need on suunatud pigem indiviidide vastu, kelle kohta õiguskouleka käitumise eeldus enam ei kehti; seega mitte kodanikele selle sõna täielikus tähenduses, mitte isikutele õiguses, vaid rohkem või vähem vaenlastele.

IV. Õigus ja erand

Lõpuks tahaksin ma võtte ette küsimuse, kas ülal käsitletud ja vaenlasekaristusõiguslikuks nimetatud regulatsioonide puhul on üldse tegemist õigusega või on see hoopis paragrahvide vormi valatud sõda. Vastus jääb kahe siin poleemilisel eesmärgil äärmustena toodud vaatekohtade vahele.

Õiguste äravõtmine, mitte kahju heastamine laiemas mõttes, on võitlus ohuallikatega ning võitlus on võitlus ja seega ka sõda; iga muu väljend oleks ilumaalimine. Sõda võib olla ka üsna väike ning kiiresti mööduv, näiteks vereproovi sundvõtmine joobnult juhtimise tuvastamiseks. Aga isegi nii väikese asja korral tähendab see, et isikut õiguses sundkoheldakse tema vastutusvõimeliselt kujunenud tahte vastaselt, see aga on isiku mõistega kokkusobimatu. Muidugi

ei oleks ainuüksi selliste väikeste asjade pärast kellelegi pähe tulnud arendada siit välja vaenlase teooria, sest tegemist on üksnes isiku mõiste kõrvalekalletega, mis ei määra tervikpilti. Sellised ajutised sunniabinõud ei seisa aga eraldi, vaid on hõlmatud ulatuslikumatega, mida siin lähemalt ei käsitleta. Nimetada võiks näiteks võitlust – ka seadusandja räägib võitlusest – organiseeritud kuritegevuse ja selle kuritegelike struktuuride vastu. Niipalju võitlusest!

Võitlust ei peeta muidugi reegliteta, sest riik annab seda pidavatele funktsionääridele võitlust piiravad reeglid, ning just seetõttu saabki rääkida vaenlasekaristusõigusest, vaenlased ekskludeeritakse õiguspäraselt, täpsemalt nad ekskludeeruvad. Siiski on vaenlasekaristusõigus ohtlik moodustis, aga just seetõttu tuleb vastavat mõistet kasutada ning tähistada seda kui erandi õigust. Üks kolleeg demonstreeris mulle kunagi ühise diskussiooni käigus, kuidas on võimalik probleemi täielikult, tõepoolest täielikult mitte mõista. Ta väitis täiesti tõsiselt, et kuna Saksa õiguses on olemas nii julgestusvangistus kui ka muud sunnimeetmed, karistatavus eelalal, kontaktikeeld ja menetluslikud sunnivahendid, siis ei ole vaenlasekaristusõigust üldse vajagi. Tõepoolest, kui vaadid on täis käärinud viinamarjamahla, siis ei ole veini vajagi.

Raske on ette kujutada, et üks riik suudaks täielikult loobuda vaenlasekaristusõigusest kui erandõigusest. Ka õigusriik on ainult siis midagi enam kui lihtsalt idee, nimelt tõeline kord, kui ta tagab õiguse kehtivuse, on määranud kindlaks põhilise sotsiaalsele orientiiri. Millisel viisil see orientiir tagada, sõltub mitte ainult õigusriigist, vaid ka sellele vaenulikust ümbrusest. Ainult reaalsust eirates saab põhimõtteliselt eitada, et õigusriigi mõiste kui mõttelise optimumi ja praktilisest saavutatava õigusriigi vahel puudub pingeväli. Liiatigi pakub just täiuslik õigusriik terroristidele lausa ideaalseid paiknemistingimusi. Mitte päris perfektsete õigusriiklike vahenditega tegutsemine häirib küll täiuslikku õigusriiki, kuid mitte vähem ei võta kasvõi üksnes ajutine loobumine vaenlaste vastu tegutsemisest midagi õigusriigist ära, jättes halvemal juhul selle abstraktselt mõistest vähe alles. Õigusriigi täiuslikkus on üks, selle tegelikkus aga teine asi. Kui tegelikkus ei tohi kannatada, siis tuleb õigusriigi täiuslikkuse määra vastavalt olukorrale kohandada. Rahulikud ajad lasevad kasutada rohkem õigusriiki kindlustavaid abinõusid kui rasked ajad. Seega tuleb täiuslikkuse ja tegelikkuse vahel luua tasakaal ning vastusena küsimusele, kas see on õnnestunud, tuleb selgeks teha, milliste konkreetsete konfliktidega on tegemist.

Lõpetuseks tulen ma tagasi sissejuhatuses mainitud eelise juurde, mida annab õiguse süsteemile *väljastpoolt* heidetud pilk. Ainult õigussüsteemi *sees* töötavad juristid kannatavad sageli normativistliku omnipotentsifantaasia all: nad ei näe, et õigus peab olema ka tõeline, kui ta tahab pakkuda orientiire. See tõeline-olemine ei ole saavutatav üksnes õiguslike vahenditega, eriti veel vaenlase vastu tegutsedes. Ka õigusriik on normatiivne struktuur, mis vajab kognitiivset kindlustamist ning vajaduse korral ka tumma sunniga; muidu kaotab ta oma orienteerimisjõu.

V. Kokkuvõte

- 1) *Toimepandud* teo eest karistatakse kodanikku, *tulevase* teo eest kaitstakse end vaenlase vastu.
- 2) Isik kui *puht- normatiivne* konstrukt ei paku tegelikus elus orientiiri. Pigem on vaja *kognitiivselt* kindlustada ootust, et ta täidab oma kohustusi. Sellise kindlustamise tagab iga kodanikuühiskonna liikme elementaarne kohustus ühiskonna vastu (*Bringschuld*).
- 3) Kui kognitiivne kindlustatus puudub, tuleb rakendada *sundi*, mis on alati depersonaliseerimine. Üleminek *ajutiselt* depersonaliseeritud isikult *energiliselt* depersonaliseeritud vaenlasele on sujuv.
- 4) Ka karistatavuse eelala depersonaliseerib, sest see on kohaldatud vähemalt ka isikule kui *ohuallikale* ja mitte ainult juba teo *toime pannud* süüdlasele.
- 5) Vaenlasekaristusõiguslike regulatsioone leidub nii *materiaalõiguses* kui *menetlusõiguses*.
- 6) Vaenlasekaristusõigus on *erandi õigus* ning teda tuleb nii ka tähistada, et välistada segiajamist kodanikkaristusõigusega. Vaenlasekaristusõiguse vajalikkus sõltub õigusriigi ümbrusest, seega ka tema vaenlastest.