

Seksuaalne orientatsioon heteronormatiivses inimõiguste süsteemis

Liiri Oja

Riigikogu Kantselei õigus- ja analüüsisiosakonna nõunik

Isiku inimõigused ei sõltu tema seksuaalsest orientatsioonist ning heteronormatiivne õigussüsteem marginaliseerib teatud seksuaalse orientatsiooniga inimesi.

Artikkel argumenteerib, et isiku inimõigused ei sõltu tema seksuaalsest orientatsioonist, ja seletab, kuidas heteronormatiivne õigussüsteem muudab tähtsusetuks teatud seksuaalse orientatsiooniga inimesi. Esitatud kriitika lähtekoht on õiguskantsler Indrek Tederi 2011. aasta analüüs, mis puudutas perekonnaseaduse sätete kooskõla põhiseadusega. Õiguskantsleri menetluse lõppjärel leiti, et olukord, kus homoseksuaalsetel inimestel pole võimalik Eestis oma kooselu registreerida, sellele abielu institutsiooniga sarnast õiguslikku tähendust anda, on põhiseadusvastane, kuid see ei tähenda, et samasoolistel oleks Eesti põhiseadusest tulenevalt õigus abielluda (õiguskantsleri 2011. aasta ülevaade).

Seksuaalne orientatsioon inimõiguste teoorias

Inimõigused ei ole õigused, mis on isikul tänu konventsioonidele või konstitutsioonidele. Juristide seas on levinud väärarusaam, et õigused antakse inimestele teatud õigusallikatega, õigused tekivad, kui need fikseeritakse konstitutsioonis ja neid on võimalik kohtulikult kaitsta. Selline loogika on kasutatav nii mõnegi teise õigusvaldkonna puhul, kuid inimõigusi ei saa ega tohi nõnda tõlgendada. Eksiarvamuse tekkimise ja leviku taga on see, et kui inimene tahab ühiskonnas oma õigusi kasutada, siis enamasti (kui mitte alati) on eeldusena vajalik riigipoolne tegevus. Seda nii negatiivsete kui ka positiivsete õiguste puhul: sõnavabaduse tagamiseks peab riik looma tingimused, kus isik saab sõnavabadust kasutada ja pole tsensuuri, haridusõiguse tagamiseks kandma hoolt piisava koolivõrgustiku eest ja kontrollima hariduse kvaliteeti. Inimõiguste kontekstis tuleb aga märkida, et riigipoolse kohustuse olemasolu ei tähenda, et isikul pole inimõigusi, kui riik oma kohustust ei täida või seab isikule õiguste kasutamisel takistusi. Seega tuleb lahus hoida küsimused, kas isikul on teatud õigused ning kas riik neid õigusi mingil viisil tagab. Inimõigused on õigused, mis on inimesel lihtsalt sellepärast, et ta on inimene. Niisiis on põhimõtteliselt vale küsida, kas Eesti põhiseadus annab kõikidele erineva seksuaalse orientatsiooniga isikutele samad õigused, sest inimestel on need õigused juba olemas. Õige oleks hoopis küsida, kas põhiseadus neid õigusi tunnustab või mitte. Asjaolu, et nii Eestis kui ka paljudes teistes riikides isikuid nende seksuaalse orientatsiooni põhjal erinevalt koheldakse, ei tulene seega mitte sellest, et inimestel poleks õigusi, vaid on põhjustatud individuaalsete õiguste teooria ja ühiskonna heteronormatiivsusest. Selleks et mõista, miks põhiseadusliku lähenemise ja õigusliku tõlgenduse põhjal saab üldse jõuda järelduseni, et inimesi võib nende seksuaalse orientatsiooni järgi erinevalt kohelda, tuleb vaadata seksuaalse orientatsiooni küsimust laiemas kui õiguslikus kontekstis. Siinkohal on tähtis märksõna heteronormatiivsus. Heteronormatiivsust saab mõista kui „institutsioone, struktuurseid arusaami ja praktilisi lahendusi, mis mitte ainult ei jäta muljet, et heteroseksuaalsus on koherentne ehk heteroseksuaalsus võrdubki seksuaalsusega, vaid et see on privileeg” (Pierre de Vos 2008).

Heteroseksuaalsus kui norm ja homoseksuaalsus kui kõrvalekalle

Seksuaalse orientatsiooni pärast diskrimineerimist põhjustab arusaam, et seksuaalne orientatsioon võrdub heteroseksuaalsusega. Kirjeldatud lähenemine pole aga kuidagi ratsionaalselt põhjendatav, vaid tegemist on sotsiaalselt konstrueeritud arusaamaga. Analoogsed sotsiaalsed konstruktid on näiteks sugu (ingl *gender*, mitte *sex*) (vt Butler 1990) ja rass (vt Fields, Fields 2012). Judith Butleri argumenti selle kohta, kuidas sugu on sotsiaalselt ja kultuuriliselt konstrueeritud, on võimalik hõlpsasti paigutada (hetero)normatiivse ühiskonna käsituse konteksti: just nii, nagu seksuaalse orientatsiooni puhul eksisteerib norm (heteroseksuaalsus), on ka meil tugevad ettekujutused normatiivsest maskuliinsusest ja feminiinsusest – milline peab olema naise/mehe roll ühiskonnas. Õed Fieldsid asuvad rassismi analüüsides veel tugevamale positsioonile: nad viitavad, et inimesed, kes usuvad, et rass on osa inimbioloogiast, võiksid samahästi uskuda ka lihavõttejānesesse ja jõuluvanasse. Fieldsid viitavad, et rass on ideoloogia ning põhjus, miks rassilised kategooriad ja seega ka rassism eksisteerib, on inimeste usk nendesse kontseptsioonidesse. Näeme taas, kuidas ühiskond vaatab inimesi läbi normatiivse spektri ning rühmitab nad vastavalt afroameeriklasteks, aaria rassi esindajateks jne.

Õigus tähendab norme ja normatiivsust, kuid eespool kirjeldatud normatiivsus on ohtlik ja kahjulik. Seksuaalse orientatsiooni tõttu diskrimineerimine põhjustab vähemusrühmades tunnet, et heteroseksuaalsusega kaasnevad riigi poolt privileegid ja hüved. Inimõiguste ja konstitutsiooniteooria kriitikud leiavad, et kuigi ideoloogiliselt on inimõigustel üllas eesmärk ja keegi ei saa väita, et pärast Teist maailmasõda loodud rahvusvaheline inimõiguste kaitse süsteem (ÜRO inimõiguste süsteem, Euroopa Nõukogu ning Euroopa inimõiguste konventsioon) pole toonud kaasa positiivset arengut ja võite, on inimõiguste institutsionaliseerumine tugevdanud arusaama, et vähemused peavad endale inimõigused *välja võitlema*. Kui mõnes riigis – Euroopas või mujal maailmas (seksuaalsest orientatsioonist sõltumata on abiellumine lubatud nt Hollandis, Belgias, Hispaanias, Prantsusmaal, Kanadas, Lõuna-Aafrika Vabariigis, Norras, Rootsis, Taanis, Islandil, Portugalis) – ütleb konstitutsioonikohus pärast aastaid kestnud vaidlusi ja kodanikuühiskonna aktiivset lobitööd, et seksuaalse orientatsiooni tõttu erinev kohtlemine on diskrimineerimine ja seega lubamatu, nähakse selles midagi väga erilist ning uuenduslikku, tähistamist väärt (vt USA Ülemkohtu otsused 2013. aastast asjades *USA v. Windsor*, 570 U.S ja *Hollingsworth v. Perry*, 570 U.S). Säärane lähenemine süvendab kahjuks veelgi arusaama, et erineva seksuaalse orientatsiooniga inimeste õigused sõltuks justkui seadusandja, kohtuvõimu ja/või täidesaatva võimu / ülejäänud ühiskonna kaalutlusõigusest, moraalsetest tõekspidamistest, mugavustsoonist.

Inimõigused lähtuvad inimväärikusest

Siinkohal tuleb selgitada, et inimõigused lähtuvad inimväärikuse kontseptsioonist, millele tuleb inimõigusi tõlgendades ka toetuda. Inimväärikusele on nii juristid, sotsioloogid kui ka filosoofid üritanud anda õiguslikku (ammendavat) definitsiooni. Ühe lähenemise kohaselt koosneb inimväärikus neljast *ius cogens* normist ehk absoluutsest normist: inimväärikus koondab endas õigust elule, piinamiskeeldu, orjuse keeldu ja kehalist (nii vaimset kui ka füüsilist) puutumatust. Mõnevõrra lakoonilisem on definitsioon, mille järgi tähendab inimväärikuse põhimõtte keeldu kohelda inimest riigivõimu objektina. Artikli eesmärk on näidata, kuidas seksuaalne orientatsioon on osa isiku inimväärikusest ning inimõiguste ja diskrimineerimise valdkonnas on see -võrdsustatud rassi, soo jm isiku identiteedi osadega, mille alusel diskrimineerimine on keelatud. Sellest lähtudes argumenteerib autor, et olukord, kus seadusandja kohtleb isikut erinevalt tema seksuaalse orientatsiooni pärast, rikub isiku inimväärikust. Samuti põhjendab autor, et selle rikkumise tagajärg ei ole mitte ainult see, et isik ei saa abielluda, lapsendada jms, vaid heteronormatiivne on ühiskond, milles üks (või mitu) ühiskonnarühm on tähtsusetu ning muudetud riigivõimu objektiks. See tähendab omakorda, et inimõigustest saavad privileegid.

Seksuaalne orientatsioon ja Eesti õigus

Eestis on seksuaalse orientatsiooni küsimus seotud õiguslikult põhiseaduses sätestatud võrdsuspõhiõigusega ja perekonnaelu kaitsega. Põhiseaduse § 12 kohaselt on kõik seaduse ees võrdsed ja kedagi ei tohi diskrimineerida rahvuse, rassi, nahavärvuse, soo, keele, päritolu, usutunnistuse, poliitiliste või muude veendumuste, samuti varalise ja sotsiaalse seisundi või muude asjaolude tõttu. Perekonnaseaduse § 1 lõike 1 järgi sõlmitakse abielu mehe ja naise vahel. Perekonnaseaduse § 10 punkti 1 kohaselt on abielu tühine, kui abielus on samast soost isikud. Seksuaalset orientatsiooni puudutavaid õiguslikke küsimusi on Eestis õiguskantsler analüüsinud kahel korral: 2006. aastal toonane õiguskantsler Allar Jõks (õiguskantsleri 02.02.2006 seisukoht asjas nr 6-1/060166/0600782) ning 2011. aastal praegune õiguskantsler Indrek Teder (õiguskantsleri 23.05.2011 seisukoht nr 6-1/100737/1102413). 2006. aasta menetluses leiti, et 1992. aastal põhiseaduse vastuvõtmise ajal mõisteti Eesti ühiskonnas perekonna all üldiselt klassikalist perekonda, see tähendab mehe ja naise vahelist abielu ning nende lapsi. Õiguskantsler leidis toona, et põhiseaduse normide süsteemist ja selleaegsetest tava-arusaamadest tulenevalt kattub abielu kaitse vähemalt osaliselt perekonnaelu kaitsega ning et abielu kui perekonna üks vorm on võetud riigi erilise kaitse alla eelkõige rahva -püsimise ja kasvamise ning ühiskonna alusena (põhiseaduse § 27 lõige 1). Seejuures peeti silmas, et abielu on jätkusuutlik üksus, moodustatud mehest ja naisest, kellel saavad olla ühised järeltulijad ja kes on nõnda ühiskonna kestvuse tagajad. Õiguskantsleri 2006. aasta lõppjärelduse kohaselt see, et samasoolistel isikutel see võimalus puudub, oli erisus, mis andis mõistliku põhjenduse eri- ja samasooliste paaride erinevaks kohtlemiseks. Selline lõppjärelendus ei ole õige mitmel põhjusel. Esiteks lähtub seisukoht just arusaamast, mille kohaselt ei ole seksuaalne orientatsioon osa inimväärikusest ning õigused tuleb isikutel nn õige ehk normatiivse seksuaalse orientatsiooniga „välja teenida”. Teiseks on siiski vaid teisejärgulise tähtsusega see, kuidas õiguskantsleri analüüs ei võta arvesse asjaolu, et abielu ei tähenda automaatselt, et abiellunud mees ja naine otsustavad saada järeltulijaid. On palju abielupaare, kes otsustavad lapsi mitte saada või ei ole meditsiinilistel põhjustel selleks võimelised. Seega ei saa argumenteerida, et õigus abielluda peaks olema ainult nende isikute privileeg, kes on võimelised ühiskonna jätkusuutlikkust tagama. Kolmandaks asun seisukohale, et § 27 lõige 1 ei seo mitte abielu ning ühiskonna aluseks olemist ja riigipoolset kaitset, vaid perekonda viimase kahega. Seda tuleb tõlgendada nii, et põhiseadus kaitseb perekonda kui üksust, kuid ei defineeri, kes peavad perekonda kuuluma, millistele tunnustele vastama, millisest soost, rassist, rahvusest, varanduslikust taustast ning mis vanuses olema.

Põhiseaduslik perekonna mõiste sidumine üksnes ametliku abieluga pole põhjendatud

Analoogset seisukohta on väljendanud ka põhiseaduse kommentaaride autorid. Nimelt leiavad nad, et kuigi põhiseaduse § 27 lõike 1 sõnastusest võib jääda mulje, et perekond väärrib põhiseaduslikku kaitset üksnes tingimusel ja sedavõrd, kui perekond on rahva püsimise ja kasvamise ning ühiskonna -aluseks, siis tegelikult see nii ei ole. Sellisel juhul oleks perekond üksnes kollektiivne hüve ja põhiseaduse § 27 lõikest 1 ei tuleneks subjektiivset õigust riigi kaitsele. Ka Riigikohtu seisukoht toetab seda tõlgendust. Viimase kohaselt: „Paragrahvi 27 lg 1 sõnastusest ei saa järeldada, et perekond on kaitstud vaid niivõrd, kui see tagab rahva püsimise ja kasvamise. See säte tõstab esile perekonna kui erilist kaitset vajava ühiskonna aluse, tagades perekonnale põhiseadusliku kaitse. Kui perekond oleks vaid rahva püsimise ja kasvamise tagatis, siis poleks seda Põhiseaduses vaja eraldi mainida. Paragrahv 27 lg 1 tõendab, et perekonnal on Põhiseaduse seisukohalt iseseisev väärtus.” (vt Riigikohtu halduskolleegiumi otsus 18.05.2000, 3-3-1-11-00, p 2.; Eesti Vabariigi põhiseadus: kommenteeritud väljaanne, 2012, 2. peatüki § 27 kommentaar 8.2). Kommentaarides 12 ja 14 toovad autorid välja, et põhiseaduses ega seadustes pole perekonna mõistet sätestatud, kuid arvestades inimestevaheliste suhete mitmekesisust tänapäeva ühiskonnas, pole siiski põhjendatud siduda põhiseaduslik perekonna mõiste üksnes ametliku abieluga. Seda tõlgendust toetab Riigikohtu praktika, mille kohaselt on Riigikohus pidanud perekonnaks ka sellist mehe ja naise perekondlikku kooselu, mis pole seaduses sätestatud tingimustel ja korras vormistatud (Riigikohtu halduskolleegiumi otsus 19.06.2000, 3-3-1-16-00, p 1). Seega võivad perekonna moodustada ka vanaisa ja tema alaealine lapselaps ning riigi kohustus ei ole mitte vormida ja toetada teatud kindlaid peremudeleid, vaid tagada kõikide perekondade ning nende liikmete õiguslik kaitse. See on põhiseaduse ja inimõiguste kaitse süsteemi mõte. Kui Eesti Vabariigi põhiseadus seda mõtet praegu ei kannu, tuleb põhiseadust muuta, mitte lasta sellel dokumendil ja õiguslikel kontseptsioonidel isikuid privileeerituteks ja mitteprivileeerituteks jagada. Niisugune retoorika ei ole konstitutsiooniõigusele võõras. Nimelt on mitmed USA konstitutsiooniõiguse spetsialistid võtnud konstitutsiooni ja konstitutsionalismi kohta kriitilisi seisukohti ning küsinud: „Milleks meile see konstitutsiooniline fetišism? Miks allume dokumentidele, millega praegused generatsioonid ei tunne sidet? Miks peame pühaks tekste, mille koostamise ajal ei teatud midagi terrorismist, kunstlikust viljastamisest või veel hullem, mille koostajad olid mõnel puhul „valged heteroseksuaalsed mehed”, kes ei pidanud teisest rassist või soost inimesi võrdväärseteks?” (Seidman 2013; Klarman 1998.) See ei tähenda, et artikli autori arvates tuleks ka Eesti kontekstis põhiseadusest loobuda. Pigem peitub siin üleskutse suhtuda põhiseadusse, põhiõiguste teooriasse ja konstitutsionalismi reservatsiooniga ning mitte lasta neil muutuda juriidiliseks religiooniks, mis takistab kriitilist mõtlemist.

2011. aastal hindas õiguskantsler Indrek Teder ombudsmani menetluse raames perekonnaseaduse § 10 punkti 1 kooskõla põhiseadusega. Õiguskantsler jaatab oma seisukohas, et põhiseaduse § 27 lõike 1 kaitseala on laiem kui lihtsalt abielu, kuid mõõnab siiski, et lõike 1 üheks osaks on abielu instituut, mis puudutab perekonnaelu tunnustamise võimaluse loomist ning mille puhul nähakse ette õiguslik raamistik perekonnaeluga kaasnevate isiklike ja varaliste suhete reguleerimiseks. Samuti leiab õiguskantsler, et kuna põhiseaduse tekst viitab otseselt abielule (§ 27 lõige 2, § 24 lõige 4), siis tuleb abielu lugeda perekonnapõhiõiguse kaitseala üheks põhiseadusega otseselt kaitstavaks õigusinstituudiks. Siinkohal võib õiguskantsleriga nõus olla, et põhiseadus tõepoolest mainib abielu mitmes kohas ning teeb seda ka perekonna kaitsmise kontekstis. Küll aga on ebaõige sellest järeldada, et põhiseadus kaitseb teatud abielumudelit või seab abielu eelduseks perekonna põhiseaduslikule kaitsele. Põhiseaduse § 27 lõike 2 kohaselt on abikaasad võrdõiguslikud. Selle sätte eesmärk on tagada, et kui eksisteerib võimalus isikute varanduslikke suhteid abielu instituudiga reguleerida, siis peab olema kindlustatud selle õigussuhte poolte võrdsus. Õiguskantsler viitab ka põhiseaduse §-le 26, mis näeb ette igaühe õiguse perekonna- ja eraelu puutumatusse. Põhiseaduse § 26 viitab taas perekonna(elu) kaitsele, kuid ei defineeri ega peagi defineerima, mis on perekond.

Seksuaalne orientatsioon on osa inimese identiteedist

Ühe põhiküsimusena analüüsis õiguskantsler, kas tegemist on diskrimineerimisega seksuaal-se orientatsiooni tõttu, kui seadusandja ei ole laiendanud abielu instituudi kohaldatavust samasooliste peresuhete reguleerimiseks või tunnustamiseks põhiseaduse § 27 lõikes 1 toodud perekonnapõhiõiguse kohaselt. Selleks analüüsis õiguskantsler põhiseaduse § 12, mille lõike 1 esimesest lausest tuleneb üldine võrdsuspõhiõigus ning teisest lausest diskrimineerimise keeld. Robert Alexy käsitluse järgi on põhiseaduse § 12 lõike 1 teises lauses toodud diskrimineerimiskeeldudel eriline kaal, mille tõttu on tagatud nendel juhtudel ka kõrgemal määral kaitse (Alexy 2001). See tähendab õiguskantsleri hinnangul, et kõnealust sätet tuleks kohaldada ainult sellistele tunnustele, millel on samaväärne kaal kui sättes toodud tunnused ning nendeks saab lugeda eelkõige tunnuseid, mida isikul ei ole võimalik muuta või mille muutmise nõudmine oleks isikule põhjendamatult koormav või keeruline. Õiguskantsler tõi välja, et seksuaalne orientatsioon on osa inimese identiteedist (Euroopa Nõukogu Parlamentaarse Assamblee 29.04.2010 resolutsioon 1728/2010) ning kuulub seega põhiseaduse § 12 lõike 1 teisest lausest tuleneva diskrimineerimiskeelu kaitsealasse. Sellest tulenevalt hindas õiguskantsler, kas põhiseaduse § 27 lõikest 1 koostoimes põhiseaduse § 12 lõike 1 teise lausega, § 13 lõikega 1 ja §-ga 14 tuleneb soorituskohustus võimaldada samasooliste isikute vahel abielu sõlmida. Sellele vastates viitab õiguskantsler Euroopa Inimõiguste Kohtu praktikale, mille kohaselt ei seendu abiellumise õigus võimalusega saada ühiseid lapsi, kuid jätab samasooliste isikute võimaluse abielluda riikide otsustusruumi, arvestades riigi sotsiaalset ja ajaloolist konteksti. Sellest tulenevalt järeldas õiguskantsler, et riik peab inimõiguste konventsiooni kohaselt tagama peresuhete tunnustamise ja omistama erinevatele perevormidele kaitse, mis ei jää allapoole põhiseaduses või konventsioonis toodud miinimumi ning vastava kaitse määr võib muutuda olenevalt ühiskondlikest arengutest eri perevormide tekkimise ja leviku tõttu. Viimasest tulenevalt oli õiguskantsleri lõppseisukoht, et „käesoleval ajal ei ole võimalik tuua Eesti oludes selliseid ülekaalukaid argumente, millest tingituna oleks võimalik järeldada, et riigil lasub kohustus samasooliste isikute suhtes abielu institutsiooni laiendamiseks”.

Ükski isiku õigus ei tohi sõltuda tema seksuaalsest orientatsioonist

Säärane lõppjäreldus on kummaline, kui vaadata kogu õiguskantsleri analüüsi tervikuna. Ühelt poolt leiab ta, et seksuaalne orientatsioon on osa isiku identiteedist ning seda pole inimesel võimalik muuta ja määrata. Teisalt jõuab analüüs järelduseni, et „ülekaalukaid argumente abielu institutsiooni laiendamiseks pole”. Tooksin siin välja järgmise kriitika. Esiteks on „ülekaalukaks” argumendiks, mida õiguskantsler ei leidnud, just nimelt eespool välja toodud argument, mille kohaselt ei tohi ükski isiku riigilt saadav hüve ega isiku õigus sõltuda tema seksuaalsest orientatsioonist. Vastasel juhul muutuvad inimõigused privileegideks ja ühiskonnas eristuvad rühmad, kellel on erinevad privileegid. On paratamatu, et sotsiaalse ebavõrdsuse tõttu on igas ühiskonnas (ja alati jäävad) teatud sotsiaalsed rühmad – majanduslikult paremini ja halvemini toimetulevad isikud. See on üks valdkond, millega tegelevad sotsiaalsed põhiõigused. Paratamatus ei ole aga see, kui sotsiaalsed rühmad on tekitanud riik (seadusandja) ise isikuid seadustega eesmärgipäraselt ning tahtlikult eristades. Kehtiv õigus ja õiguskantsleri analüüs seda teevad, öeldes, et perekonnaseaduse § 10 punkt 1, mis peab samasooliste isikute vahel sõlmitud abielu tühiseks, on aktsepteeritav põhiseaduse kontekstis. Õiguskantsleri analüüs on heteronormatiivne ning muudab tähtsusetuks isikud, kellel on heteroseksuaalsusest erinev seksuaalne orientatsioon. Marginaliseerimisel on märksa laiem mõju kui lihtsalt see, et teatud rühm inimesi ei saa abielluda. Kui isikuid koheldakse erinevalt tunnuse pärast, mida inimene ise muuta ei saa (isegi kui ta tahaks), saab ta külge stigma, mis paneb isiku pidevalt tundma ennast teisejärgulise isikuna, riigivõimu objektina. Kõige klassikalised näited on rassiline ja rahvuslik segregatsioon. See stigma mõjutab mitte ainult riigi ja inimese vahelisi suhteid, vaid ka seda, kuidas teised inimesed (rühmad) vähemusse suhtuvad. Kuniks riigi tasandil ei ole seksuaalse orientatsiooni küsimuse sellisest käsitlusest loobutud, on üsna paratamatu, et ühiskonnas on ikka veel inimesi, kes leiavad, et homoseksuaalsus on haigus ning heteroseksuaalsus peab olema norm.

Teiseks jääb artikli autorile segaseks, miks leiab õiguskantsler oma analüüsis, et kuna Euroopa Inimõiguste Kohus pole oma lahendites öelnud, et samasoolistele tuleb abiellumise õigus tagada, siis ei pea Eesti seda tegema. Eesti on küll Euroopa Nõukogu liikmesriik ja Euroopa inimõiguste konventsiooni osaline ning peab Euroopa Inimõiguste Kohtu kohtupraktikat arvesse võtma, kuid see ei tähenda, et ka vastavasse kohtupraktikasse või konventsiooni endasse ei tuleks suhtuda kriitiliselt. See tähendab, et isegi kui Euroopa Inimõiguste Kohus leiaks inimõiguste konventsiooni tõlgendamisel, et seksuaalse orientatsiooni tõttu võib isikuid diskrimineerida, ei tohiks Eesti seda teha. On vale järgida inimõiguste kaitse süsteemi pimesi. Põhjus, miks Euroopa Inimõiguste Kohtu kohtupraktika on seni olnud säärane, mis jätab samasooliste abielude küsimuses kaalutusõiguse konventsiooni liikmesriikidele, võib ühest küljest olla põhjendatav kohtu julguse puudumisega ja konservatiiv-heteronormatiivse lähenemise järgimisega, kuid teiselt poolt võtab kohus arvesse, et mõned ühiskonnad on religioossed, ning on tunnustanud seega abielu religioosset tähendust. See võib osutada argumendiks, miks mõnes riigis religioonivabadusest tulenevalt ei saaks kirikuid sundida paari panema samasoolisi paare. Jättes aga kõrvale selle, kas säärane argument oleks inimõigusi puudutavas debatis tugev ja kasutatav, tuleb Eesti puhul küsida, milline on abielu tähendus meie mittereligioossetes ühiskonnas. Leian, et kuigi osale inimestest on abielu religioossete tähendusega, ei saa see olla ilmalikule, riigikirikut mitteomavale ühiskonnale lähtekoht. Kuigi nimetus – abielu – on mõlemal juhul sama, lähtub põhiseadus selle mõiste puhul ainult tsiviilõiguslikust tähendusest. See tähendab, et abielu on isikutevaheliste suhete eraõiguslik tunnustamine.

Kokkuvõtteks

Kõigele eelnevale toetudes ei saa artikli autor nõustuda õiguskantsleri 2011. aasta analüüsis püstitatud küsimustega ega lõppjäreldeusega. Autor rõhutab veel kord, et seksuaalne orientatsioon ei tohi olla aluseks isikute erinevale kohtlemisele. Kui seadusandja pakub inimestele võimaluse oma kooselu õiguslikult reguleerida näiteks abielu vormis, peab see õigus olema tagatud inimestele nende seksuaalsest orientatsioonist hoolimata. Õiguskantsleri analüüsi lähem vaatlus näitas, et tegelikult kaitseb põhiseaduse § 27 perekonda kõige laiemas mõttes, mitte abielu ega perekonnamudelit, millest on potentsiaalselt võimalik ühiskonna juurdekasvu oodata. Seega ei ole põhiseaduspärane seisukoht, mis lubab takistada abielusid, kust lapsi ei pruugi sündida. Isegi kui põhiseadusest perekonna kaitset ei tuleneks või põhiseaduse tõlgendamine eri seksuaalse orientatsiooniga isikuid ei kaitseks, tuleks mitte nentida paratamatust, vaid pigem küsida, kas sellisel põhiseadusel ikka on väärtust.

Kasutatud kirjandus

Alexy, R. (2001). Põhiõigused Eesti põhiseaduses. – *Juridica*, eriväljaanne, lk 5–96.

Butler, J. (1990). *Gender Trouble*. USA: Routledge.

De Vos, P. D. (2008). From Heteronormativity to Full Sexual Citizenship? Equality and Sexual Freedom in Laurie Ackermann's Constitutional Jurisprudence. – *Acta Juridica: Dignity, Freedom and the Post-Apartheid Legal Order: The Critical Jurisprudence of Laurie Ackermann*, pp 254–272.

Eesti Vabariigi põhiseadus: kommenteeritud väljaanne (2012). Tallinn: Juura.

Euroopa Nõukogu Parlamentaarse Assamblee 29.04.2010 resolutsioon 1728/2010. – <http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta10/ERES1728.htm>

Fields, B., Fields, K. (2012). *Racecraft*. USA: Verso.

Klarman, M. J. (1998). What's So Great About Constitutionalism? – *Northwestern University Law Review*, vol 93, no 1, pp 145–194.

Seidman, L. M. (2013). *On Constitutional Disobedience*. USA: Oxford University Press.

Õiguskantsleri 2011. aasta tegevuse ülevaade. – <https://www.riigiteataja.ee/akt/301102012001>