

Diss Tart.

281524

HERMAN SOONE

E V
TARTU ÜLIXKOOLI
DIGESTEERISKOND
10. mail 1939
№ 63. I
TARTU

13
2423

ANNATANU NÕUSOLU KRIMINAALSEADTUSTIKUS,

ERITI KEHAVIGASTUSTE KORRAL

TR Ülikooli õpe Nõukogu otsusega 10. oktoobrist
1947. a. № 24 on kinnitatud Herman Soone'le õigus-
teaduse kandidaadi teaduslik kraad.

TRÜ

J. Saaroo
TRÜ Teaduslik sekretär

8. sept. 1979. magister
Jüri.



D/392282
i25293382

S i s u k o r d

I osa.

Lhk.

Ülevaade probleemist ja selle lahendustest

- | | | |
|-------------|---|----|
| 1. peatükk. | Probleemi sisu ja ulatus | 1 |
| 2. peatükk. | Lahendused seadusandlustes | 24 |
| 3. peatükk. | Kriminaalõigusteadeuse seisukohtade areng | 36 |

II osa.

Nõusolu toime Kriminaalseadustikus.

- | | | |
|-------------|--|----|
| 4. peatükk. | Süüteo teokoosseis ja nõusolu | 57 |
| 5. peatükk. | Nõusolu üldise õigusvastasust kõrvaldava alusena | 67 |
| 6. peatükk. | Nõusolu kehavigastuste korral | 96 |

O s u n d a t u d k i r j a n d u s .

- Allfeldt, Ph., Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 9.Aufl. 1934.
- Bar, L., Gesetz und Schuld im Strafrecht Bd.III, 1909.
- Beling, E., Die Lehre vom Verbrechen, 1906.
- Binding, K., Grundriss des Deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 8.Aufl. 1913.
- Bukovskij, V , Svod graždanskih uzakonenij gubernij pribal-diskih s razjasnenijami, 1914.
- Bühning, E.H., Die rechtliche Bedeutung der Einwilligung des Verletzten bei der Körperverletzung, 1920.
- Dohna, A., Die Rechtswidrigkeit als allgemeines Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen, 1905
- Entwürfe zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, 1920.
- Ertmann-Gredinger, Objazateljstvennoe pravo, 1908.
- Finger, A., Rechtsgut oder rechtlich geschützte Interesse? Gerichtssaal, Band 40.
- Foinitskij, I., Kurs ugolovnago prava, častj osobennaja 1893.
- Frank, R., Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 16.Aufl. 1925, 18.Aufl. 1931.
- Geber, H., Die Tatbestandselemente des Zweikampfdelikt, Strafrechtliche Abhandlungen Heft 182.
- Gerland, H., Die Selbstverletzung und die Verletzung des Einwilligenden, Vergleichende Darstellung Allgemeiner Teil, Band II.
- Hartmann, J., Die Einwilligung des Verletzten vom Corpus juris civilis bis zum Reichsstrafgesetzbuche, Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart (Grünhuts Zeitschrift), Band 27.

II

- Hartwig, A., Die Körperverletzung des Einwilligenden nach dem Strafgesetzbuch, Gerichtssaal Band 82, 83.
- Heinitz, E., Das Problem der materiellen Rechtswidrigkeit, Strafrechtliche Abhandlungen Heft 211.
- Heimberger, J., Zur Lehre vom Ausschluss der Rechtswidrigkeit, 1907.
- Hippel, R., Deutsches Strafrecht, Band I, 1925 Band II, 1930.
- Holer, O., Die Einwilligung des Verletzten, 1906.
- Honig, R., Die Einwilligung des Verletzten, Teil I, 1919.
- Joski, S., Die Einwilligung des Verletzten, 1899.
- Kadari, H., Isikuvastased süüteod, 1938.
- Kelsen, H., Reine Rechtslehre, 1934.
- Kessler, R., Die Einwilligung des Verletzten in ihrer strafrechtlichen Bedeutung, 1884.
- Kessler, R., Kritische Bemerkung zu Binding's Lehre von der Einwilligung des Verletzten, Gerichtssaal Band 38.
- Kiehl, Die Einwilligung eines Minderjährigen nach geltendem Strafrechte, Archiv für Strafrecht und Strafprozess (Goldtammer Archiv) Band 54.
- Klee, K., Selbstverletzung und Verletzung eines Einwilligenden, Archiv für Strafrecht und Strafprozess (Goldtammer Archiv) Band 48, 49, 50.
- Klenner, A., Die Tötung auf Verlangen, 1925.
- Kriminaalseadustiku eelnõu, Kohtuministeeriumi kodifikatsiooniosakonna väljaanne, 1925.
- Kristal, H., Jooni Poola 1932 a. kriminaalseadustikust. Õigus 1933 Nr.6.
- Kristal, H., Kehavigastuse mõiste ja liigid KrS-s. Õigus 1935 Nr.7,8.
- Liszt, F. - Schmidt, E., Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 23.Aufl. 1921, 26. Aufl. 1932.

III

- Löffler, A., Die Körperverletzung, Vergleichende Darstellung Besonderer Teil, Band V.
- Lobe, A., Reichs - Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Band I, 5.Aufl., 1933.
- Mayer, M.E., Der allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts, 1915.
- Merkel, A. - Liepmann, Die Lehre von Verbrechen und Strafe, 1912.
- Metz, W., Zur Frage der Einwilligung des Verletzten im Strafrecht, 1913.
- Mezger, E., Die subjektiven Unrechtselemente, Gerichtssaal Band 89
- Mezger, E., Strafrecht, 2.Aufl. 1933.
- Mommsen, Th., Römisches Strafrecht, 1899.
- Olshausen, J., Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, Band I, II, 11.Aufl., 1927
- Posnõšev, S., Osobennaja častj russkago ugolovnago prava, 1909.
- Radbruch, G., Rechtsphilosophie, 3.Aufl. 1932.
- Roedenbeck, S., Volenti non fit in juria, Gerichtssaal Band 37.
- Roedenbeck, S., Der Zweikampf im Verhältniss zu Tötung und Körperverletzung, 1883.
- Rosin, N., K voprosu o soglasij postradavšago, Vestnik Prava 1899.
- Räägo, R., Kriminaalprotsessi õpperaamat, 1937.
- Saarmann, K., Keskmise karistusmäär KrS. järgi, Õigus 1935 Nr.4.
- Saarmann, K. - Matto, K., Kriminaalseadustik, kommenteeritud väljaanne, 1937.
- Schmidt, R., Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes für verletzende Eingriffe, 1900.
- Schrey, R., Der Gegenstand der Einwilligung des Verletzten, Strafrechtliche Abhandlungen Heft 248.
- Schwinge, E., Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht, 1930.

IV

- Somló, F., Juristische Grundlehre, 1917.
Strafgesetzgebung der Gegenwart, Band I 1894, Band II, 1899.
- Tagantsev, N., Russkoe ugovnoe pravo, Tom I, 1902.
- Tagantsev, N., Ugovnoe ulozenie, Jakobi väljaanne, 1922.
- Traeger, L., Die Einwilligung des Verletzten und andere Unrechtsausschlussgründe im zukünftigen Strafgesetz, Gerichtssaal Band 94.
- Ugovnoe Uloženie, Projekt redakcionnoi komissi i objasnenija k nemu, Tom I - VIII, 1895 - 1897.
- Ullmann, E., Zur Frage über die Bedeutung der Einwilligung im Strafrecht, Gerichtssaal Band 37.
- Wolf, E., Strafrechtliche Schuldlehre, I Teil, 1928.
- Zittelmann, E., Ausschluss der Widerrechtlichkeit, Archiv für die Civilistische Praxis, Band 99.

I osa.

Ülevaade probleemist ja selle lahendustest.

1. peatükk.

Probleemi sisu ja ulatus.

Küsimus kannatanu nõusolu õiguslikust tähendusest on kriminaalõigusteadusele tuntud juba kõige vanemast ajast, mille ulatuses on säilunud allikmaterjale.¹⁾ Kaasajal esineb seisukoha võtmisi selle küsimuse kohta peale arvuka monograafiade kogu pea igas kriminaalõiguse õppe- või käsiraamatus. Sarnane selle küsimuse konstantne püsimine kriminaalõigusteaduse probleemistiku seas sunnib seisukoha võtmisele selle üle ka Eesti kriminaalõiguse seisukohalt. Selle juures ühteviisi mõõdapääsematu on küsimuse uurimine neile, kes omilt lähtealuseilt kalduvad nõusolu tähendust jaatama, kui ka neile, kes kalduvad selle tähenduse eitamisele. Sest nii ühede kui teiste seisukoht saab lõplikuna kujuneda ainult metoodiliselt läbiviidud ja igati põhistatud vastava normimaterjali läbitöötamise põhjal.

Alusteks, mis nõusolu probleemi esilekerkimise on tinginud, on eelkõige seisukord, et tegelikus elus võib täheldada

1) Esimese autorina, kes selle küsimusega tegelenud on, nimetatakse Aristotelest. Vrdl. Bar, Gesetz u. Schuld III, 47; Gerland, V.D.A.T II, 510; Hippel, Deutsches Strafrecht II, 243.

mõnigikord sarnast üksikisiku ülalpidu, mis näiliselt kriminaalõiguslike normide alusel süütegudena kvalifitseeritavad on ja sellekohaselt ka karistamisele kuuluma peaksid, mille karistatavuse kohta teo hindamisel aga väga olulisi kahtlusi kerkib. Sarnaste kahtlust tõusetavate käitumiste näiteina on literatuuris käsitletud arstlikku tegevust, mis patsiendi kehalist puutumatus ja tervislikku seisundit väga oluliselt riivata võib, olgu ka ajutiselt, kusjuures erilist tähelepanu on leidnud arstlik kirurgiline operatsioon. Samuti on elavet tähelepanu endale tõmbanud sarnased faktid, nagu nahahaavad habemeajamisel; enda sulgeda laskmine teatavaks ajaks mingisse ruumi, näiteks näljakunstniku poolt, või rahulikuks töötamiseks raamatukokku. Ka sarnased artistide ettekanded, mis partneri elu või tervise ohtu tähendavad ja halval juhul elu või tervise rikke tekitavad, on pannud mõtlema.¹⁾

Isikuil, kes neil või analoogilistel juhtudel vastavat käitumist õiguslikult hinnata tahavad või oma funktsiooni tõttu hindama peavad, tekib paratamatult diskrepants enda subjektiivse vastava käitumise hindamise ja kriminaalõiguse normist nähtuva vastava teo hindamise vahel. Seda nimelt selletõttu, et kehaline puutumatus, isiklik tervis, au, vabadus on üldiselt kriminaalõiguslikult kaitstud hüved, millede

1) Vt. vastavaid näiteid Gerland, V.D.A.T. II, 493; ka Zittelman, Arch.f.d. civ. Prax, 99, 79 j.j.; Kiehl, Goldt, Arch. 54, 379; Hippel, Deuts. Strafr. II, 245; Löffler, V.D.B. T.V, 243; Yoski, Einw. 37

rikkumine endaga kaasa toob selle rikkuja karistamise. Teiselt poolt aga subjektiivne hinnang väga raskesti tahab leppida sarnaste eelpool näidetena väljanopitud tegude hukkamõistuga ja nende karistamisega. Selletõttu päris iseenesest tekib küsimus, kas nendel juhtudel näiliselt õiguslikult süüteks hinnatav tegu ei sisalda sarnaseid elemente, mis väldivad selle süüteks arvamise. Eeskätt võib muidugi süvendatud süüteo teokoosseisu analüüs näidata, et sellekohase teo süüteks arvamisel tõepoolest eksitud on teokoosseisu elementide ulatuses. Nii võib arstliku operatsiooni õiguslikult kehavigastusena kvalifitseerimist kaasajal teoorias valitseva vaatekoha alusel lehendatuks lugeda seisukohaga, et kuivõrd arstlik operatsioon tõeliselt tervise tagastamise sihti tabab, see üldiselt kehavigastuse teokoosseisu ei täida, kuna sel korral tegu ei ole tervise rikke tekitamisega, vaid just tervise säilitamise ja parandamisega.¹⁾ Sarnase arstliku operatsiooni käsitlemise juures jääb aga täiesti võimalikuks, et arst sisult tervist parandavat operatsiooni ette võttes toime panna võib vägivalda või sundimise teokoosseisu täitva teo. Ja arvestatavaks peab jääma ka, et ikkagi mitte kõik autorid ei pea õigeks, et arstliku operatsiooni korral kehavigastuse teokoosseis puuduks, vaid jaatavad teokoosseisu

1) Vt Bar, Gesetz u. Schuld III, 53, 71; Kiehl, Goldt, Arch. 54, 379; Dohna, Rechtsw. 95; Löffler, V.D.B.T.V. 244; Frank, Kom.445; Mezger, Gs.89, 282 ja Lehrbuch 243; Kadari, Isikuvastased süüteod, 62

täitumist, otsides aga aluseid, mis kõrvaldaks arstliku operatsiooni õigusvastasuse.¹⁾ Aga peale sellegi jääb terve rida käitumise tüüpe, millede korral ühe või teise süüteo teokoosseisu täitumine kaheldamatu on. Nii arstlikku kirurgilist abistamist iludusvigade kõrvaldamiseks, mis olgugi tervisehäire ainult ajutiselt kaasa toob, on raske siiski mitte pidada kehavigastuse teokoosseisule vastavaks teoks; samuti ka sarnast operatsiooni, mis ebaõnnestunud on ja otseselt raske tervise rikke põhjustab, või mis ainult eksperimendi mõttes või teobjektist hoopis erineva isiku tervenemise huvides, näiteks vereülekanal sooritatud on;²⁾ ka tätoveerimist ja kõrvaalaste läbipistmist kõrvarõngaste asetamiseks on peetud silmas. Lõpuks ei või ka unustada sportlikkudel võistlusmängudel, eriti poksis, teisele isikule tekitatavaid tihti äärmiselt tõsiseid kehavigastusi.³⁾

On kindel eelkirjeldatud ja analoogilistel juhtudel, et kui antud käitumisega täidetud on vastava süüteo teokoosseis, jääb ainult üle veel võimalus, et nendel juhtudel vastava käitumise süüteks arvamine siiski välditav on eriliste õigusvastasust kõrvaldavate aluste tõttu. Sellele võimalusele tahab sulgeda aga tee õigusnormistikus loetletud õigusvastasust kõrvaldavate aluste piiratus. Kui teo hindav vaatlus ikkagi

-
- 1) Nii Hippel, Deuts.Strafr.II, 258; Sauer, Grundlagen, 337; R.Schmidt, Verantw.d.Arztes, 16 j.j.; Olshausen, Kom.II, 1009; Yoski, Einw., 33.
 - 2) Vrdl. Mezger, Lehrbuch, 243; Frank, Kom. 18.Aufl., 478. Ka Tagantsev, Rus ugol.pravo I, 496. Näitena selle kohta, et aga iludusoperatsioon kehtivate kriminaalõiguse normide kohaselt ka raske kehavigastusena kvalifitseeritava terviserikke kaasa tuua võib olgu juhitud Hippeli poolt esitatud kaasusele, mille kohaselt patsient ilusamate hammaste saavutamiseks laseb tõmmata välja enda terved hambad, et asendada neid kujult ilusamate kunsthammastega. Nii oleks tekitatud jäädav terviserike KrS § 432 alusel. Vrdl.Hippel, Deutsch.Strafr.II, 247.
 - 3) Vt. Bar, Gesetz u. Schuld III, 54; Hartwig, GS.82, 351; Heinitz, Das Problem d.mater.Rechtswidrigkeit, 119; Hippel, Deuts.Strafr.II, 247; Traeger, GS.94, 119.

leppida ei taha sellekohase teo õigusvastaseks ja karistatavaks tunnustamisega, siis iseendast suunduvad mõtted sellele, kas pole siiski võimalik konstateerida kirjeldatud ja analoogilistel juhtudel sarnast ühist elementi, mis teeks lubatuks, vaatamata süüteo teokoosseisu täitumisele, pidada vastava teo õigusvastasust kõrvaldatuks. Sarnase ühise elemendi leidmiseks ongi püstitatud tees, et nõusolu on selleks aluseks, mis kõrvaldab teo õigusvastasuse ¹⁾ Sellejuures ei ole mitte vähetähtis, et väga mitmel juhul, kus näiliselt süüteo teokoosseisu täitumist konstateerida võiks, on osutunud just selle isiku nõustumine, kelle vastu tegu sihitud on, selleks momendiks, mis teokoosseisu lähemal analüüsil on pannud tunnustama sarnase subsumptsiooni ekslikkust. Sarnane kokkukuuluvus probleemi kujunemisel iseendast juba sunnib kord tekkinud küsimust nõusolu toime kohta ühes koos käsitama nii teokoosseisu kui õigusvastasuse kõrvaldamise osas. Ühtlasi nõusolu relevants mõnegi süüteo teokoosseisu seisukohalt kriipsutab juba iseenesest alla, et nõusolu õiguslikust seisukohast tähele panema peab.

Eeltoodud mõttekäikudel on ilmne, et nõusolu probleemi kujunemisel oluliselt arvestada tuleb õiglustundega, kui probleemi tõusetama sundiva teguriga ²⁾ Kujukalt näitab seda Roedenbeck, otsekoheselt tunnustades, et üliõpilaste mensuuride

1) Vrdl. Saarmann-Matto, Kom.2: "Kriminaalõiguslikku seadusvastasust kõrvaldab süütegude suhtes üksikisikute õigusvarade vastu ka veel üldreeglina selle isiku nõusolek, kellele õigusvarale rike tekitati."

2) Vt. eriti Ullmann, GS.37, 531 j.j. Ka Kessler, Einw., 74; Klee, Goldt, Arch.49, 257; Hartmann, Grünhuts Zeitschr, 27, 698. Vrdl. ka Heinritz, Das Problem d.mater.Rechtswidrigkeit, 28: "Immer wieder standen Fälle zur Beurteilung, in denen das Rechtsgefühl und das natürliche Urteil sagte, es könne diese Handlung doch nicht gut vom Rechte gemissbilligt sein, ohne dass man doch dem üblichen Katalog der Rechtfertigungsgründe einen passenden hätte entnehmen können."

karistatavaks kuulutamine Saksa RG poolt on esile kutsunud selle kisendava vastuolu õiglustundega, mis küsimuse uurimisele sunnib ¹⁾

Selle probleemi kujunemist ja süvendamist toetab aga ka õigusajalooline vaatlus ²⁾ Nimelt õigusajaloolised uurimised on näidanud kriminaalõigusliku karistamise institutsioonide väljaarenemist veritasu ja compositio süsteemist, mis omalt algupäraselt olemuselt kandsid täiesti eraõiguslikku iseloomu. ³⁾ Sellest lähtudes on väidetud, et teo toimumine nõusolles vastavaid sanktsioone kaasa ei toonud. ⁴⁾ Riigivõimu kujunemise ja tugenemisega astus eraviisilise veritasu ja compositio asemele teatava käitumise kordadel avalikõiguslik karistus riigivõimu poolt. Seisukoht selles, missugused need teod on, millede puhul karistus järgneb, on aegade kestel muutuv olnud. Aga juba varemaist allikaist peale esineb sarnastena ühelt poolt tegusid, mis on sihitud otseselt avaliku võimu ja tema korralduste vastu ja teiselt poolt tegusid, mis vahenditult üksiku isiku, üksiku ühiskonnaliikme vastu sihitud on. Kuigi viimaste osas veel mõnda aega kestab ka eraõiguslik käsitlus, ⁵⁾ lõpeb arengu protsess siiski õige pea kõigi süütegude avalikõigusliku iseloomu võtmisega. Ja tänapäeval on kriminaalõigus vaieldamatult avalikõiguslik

1) Vrdl. Roedenheck, Zweik., 8.

2) Vrdl. ka Kiehl, Goldt, Arch.48, 203.

3) Vrdl. Hippel, Deutsch.Strafr.I, 40 j.j.; Liszt-Schmidt, Lehrbuch, 28; Mezger, Lehrb., 11.

4) Vrdl. Klee, Goldt, Arch.48, 181.

5) Näit Rooma õiguses delicta privata. Vrdl. Hippel, Deutsch. Strafr.I, 49, 57.

normistik. Õigusteaduses üldiselt omaksvõetud määratluse järel tähendab see aga seda, et kriminaalõiguse normide poolt käsitatavate nähete puhul tekib õigussuhe riigi ja teatava isiku, sel korral süüteo hinnanava teo toimepanija vahel.¹⁾ Kriminaalõigusliku normi vastase käitumise korral karistab riigivõim selle teo toimepanijat, vaatamata sellele, kas tegu otseselt riiki riivab, või on selle vahetuks teobjektiks toimija kaaskodanik.²⁾ Seega väliselt ilmelt ei esine riigi ja üldsuse vastased süüteod millegagi süütegudest üksikisiku vastu ja vastaval süütegude liigitusel võiks olla tähendus ainult süütegude süsteemimise vaatekohalt.³⁾ Siiski sõltuvalt erinevusest vahetus teobjektis kerkib isikuvastaste süütegude puhul üks küsimus, mis üldsusevastaste süütegude puhul kerkida ei saa. See on küsimus selle kohta, kas kriminaalõiguse avalikõigusliku iseloomu tõttu süüteo mõistelistel eeltingimustel seast on tõrjutud välja selle üksikisiku suhtumine teosse, kelle vastu tegu vahenditult sihitud oli ja toime pandud sai. Sellega kerkib probleem, kas selle üksikisiku seisukohalt toimuva teo suhtes pole mingit tähendust ja kas tema on muutunud täiel määral ainult õigussuhete objektiks, mis kujuneb süütegija ja karistava võimu vahel süüteo tõttu.⁴⁾ Kriminaalprotsessiõigus asub seisukohal,

1) Vrdl. Mezger, Lehrb.,5: "Es ist nicht privates Recht, denn es regelt nicht das Verhältnis des Einzelnen zu Einzelnen, sondern das Verhältnis des Einzelnen zur Gesamtheit." Vt. ka Liszt-Schmidt, Lehrb.,26.Aufl.,3-4.

2) Vrdl. Kiehl, Goldt. Arch.54, 365

3) Honig, Einw.,75; ka Meyer-Allfeldt, Lehrb.,16; Holer, Einw.,84.

4) Vrdl.ka Kiehl, Goldt. A.54, 305: "Unsere Frage nach der Bedeutsamkeit der Einwilligung des Verletzten löst sich demgemäss in die andere Frage auf, ob angenommen werden kann, dass dem Einwilligenden von Gesetzes wegen ein derartiges Verfügungs - oder Bestimmungsrecht über die in Betracht kommenden Rechte und Rechtsgüter gebührt, dass ausschliesslich sein Willensentschluss die tatsächlich geschehene Verletzung als eine Statthafte darzustellen vermag." ""

et see mitte päris nii ei ole. Kehtiv Kriminaalkohtupidamise seadustik tagab väga mitmeid eriõigusi isikule, kes süüteo toimumisest vahetult kannatanud on, seal hulgas ka teatavail juhtudel ainuõiguse süüteo kriminaaljälitamist algatada. Samane teatavate kõikumistega, kord nende eriõiguste vähenemisele kord suurenemisele, on süüteo objektina mõistetava isiku seisund üldiselt ka teistes kaasaja kriminaalprotsessi õigustes ¹⁾ Sellelt kannatanud isiku vaatekoha tunnustamisest protsessiõiguses on veel ainult samm edasi tema subjektiivsele hinnagule tähenduse andmiseks ka materjaalõiguses ja nii iseenesest kerkib küsimus kriminaalmaterjaalõiguse vaatekohast sellele probleemile. ²⁾ See tähendaks aga seda, et ka sedakaudu jõuame välja üksikisiku tema vastu toimuva süüteo jaoks kvalifitseeritava teoga nõustumise õigusliku tähenduse küsimusele Mõttekäikude ahel üksikisiku süüteo jälitamise algatamise ainuõiguselt viib paratamatult sinna, et meie küsimuse ees seisame, kas ei või sarnane otsustus mitte alata kriminaaljälitamist enda vastu toimuva süüteo korral ümbertransformeeritult nõustumiseks eelseisva teoga ka omada õiguslikku tähendust ja missugust ³⁾

Kui eelöeldu põhjal nõusolu tähenduse probleemi tõusetumine mõningal määral võib sõltuv olla õigustundest, siis oleks aga päris väär küsimuse lahenemist ka sellel teel ooda-

1) Kr.Kp.S. § 5. Vt. Räägo, Kriminaalprotsessi õpperaamat, 137 j.j. Vrdl. ka Kiehl, Goldt.Arch.54, 366, 386; Honig, Einw.123, 125.

2) Vrdl. Klee, Goldt.Arch.48, 203.

3) Vrdl. Klee, Goldt.Arch.48, 206. Vrdl. ka Rosin, Vestn.Prava 1899, lhk.103: "Istoria vozniknovenia i razvitija izlagaemago voprosa predstavljajet prežde vsego kartinu častoj, v evolutij ugolovnopravovõh načal, zavisimosti postanovlenij materjaljnago prava ot prava protsessnaljnago."

ta.¹⁾ Samuti ekslik seisukoht oleks, et praktiliselt ebasoo-
vitavaks peetavad järeldused siiski dogmaatilist seisukoha võt-
mist siiski teataval määral mõjutada tohiks.²⁾ Et kellelegi
mingi teo karistatavus tundub in praxi ebaõiglasena ja ebaots-
tarbekana, on subjektiivse hinnangu küsimus, mis võib viia ai-
nult probleemi püstitamisele õigusliku hinnangu kohta. Õigus-
lik hinnang aga tuleneb juba eranditult objektiivseist õigus-
normest ja vastav tegu võib osutada mitteõigusvastasena ja ka-
ristamatuna ainult siis, kui ta on sellisena määritletav objek-
tiivselt õigusnormide alusel. Selletõttu saab ka küsimust nõus-
olu õigusliku tähenduse kohta lahendada ainult vaadeldava õi-
guskorra positiivse õiguse normide pinnal.³⁾ Et ainult see on
metoodiliselt õige tee üldse õigusliku probleemi lahendamiseks,
siis ei pruugi meie enam lähemalt peatuda sellel, et õiglus-
tunde seisukohalt küsimusele lähenemisel ei tohi ära unustada,
et mitmelgi juhul väga õiglustunde vastu võib olla teatava teo
karistamatuks tunnustamine ainult sellepärast, et teo vahetu
objekt on nõustunud teoga. Literatuuris ettetoodud näited,
et nõusolu relevantsi tunnustamine näiteks kehavigastuste kor-
ral tooks kaasa selle, et siis iga kahtlase väärtusega uurija
võiks takistamatult massiliselt toime panna vivisektsioone
inimmaterjaliga, mis toovad kaasa eluliste organite jäädava

-
- 1) Vrdl. ka Kiehl, Goldt.Arch.54, 368: "Aber was dem allgemei-
nen Rechtsbewusstsein entspricht, hat noch lange nicht die
Kraft eines Rechtssatzes."
- 2) Nii siiski Bar, Gesetz u.Schuld III, 59, ka Gerland,
V.D.A.T II, 493 Vrdl. ka Kiehl, Goldt.Arch.54, 376: "Es
muss nur gelingen, die Grenze, bis zu welcher die Wirkung
der Einwilligung reichen darf, und jenseits welcher sie auf-
hören muss, so zu finden, dass einerseits das Rechtsbewusst-
sein befriedigt wird, andererseits aber auch den als festste-
hend erachteten Rechtsgrundsätzen nicht ungebührlich Abbruch
geschieht."
- 3) Vrdl. Gerland, V.D.A.T. II, 493; Holer, Einw.9; Kiehl, Goldt
Arch.54, 368; Liszt-Schmidt, Lehrb., 157; Hippel, Deutsch.Strafr
II, 243; Hartwig, GS.83, 51; Metz, Zur Frage d.Einwilligung,
10: "Der Einzelne kann in die Verletzung seines Interesses nur
dann einwilligen, wenn der Staat ihn durch positivrechtlichen
Satzung dazu befugt." Vrdl.ka Rosin, Ve.tn.Prava 1899. 118.

rikkumise ja rikas sadist võiks võimaluse leida segamatult igapäev inimeste piinamisest ja vigastamisest rõõmu tunda, et siis "Veneetsia kaupmehe" Shylocki lepingud täiesti igapäevased võiksid olla, annavad selle kohta kujuka ülevaate ¹⁾

Lisaks sellele uued õiguslikud vahekorrad, näiteks avalik haiguskindlustus, võivad tõsiselt ülesse tõsta elulise vajaduse, siiski õigusvastaseks ja karistatavaks pidada teisele isikule kehavigastuse tekitamist ka siis, kui selleks on teost kannatanu nõusolu.²⁾ Meie endi ühe moodsama asutise - nimelt tööpõlgurite töölaagri sisseseadmine võiks samuti kergitada küsimuse, kas tohiks lubatav olla ja karistamatuks jääda, et töövõimeline tööpõlgur enda sellega töölaagrisse sattumisest ära hoiaks, et ta enda nõusolekul mõne oma saatuse kaaslase poolt endale sarnase terviserikke tekitada laseb, mis võimaldab senist suhtumist töösse jätkata.

Olles eelõeldu alusel tulutu nõusolu tähenduse seisukohalt, evib küll aga tähendust nõusolu probleemi saabumise käik selle probleemi enda sisu ja ulatuse määritlemiseks. Nimelt näitab see, et nõusolu probleem kriminaalõigusteaduses avaneb mõttekäikude viljana, mis ei tulene mitte vastava seadustiku sellekohaste väljenduste mõistatamise, veel vähem leaaldefinitsiooni sisult õige interpreteerimise püüdest Sar-

1) Vrdl. Bar, Gesetz u. Schuld III, 52, 53; Klee, Goldt.Arch.48, 197.

2) Vrdl. Traeger, GS.94, 121.

naselt kujunenud probleemide ees seisaksime meie küll siis, kui meie näitena kas hädakaitset või hädaseisundit Kriminaalseadustiku seisukohalt lähemalt määritleda tahaksime, mis mõlemad institutsioonid KrS lähemalt piiritletud on.¹⁾ Nõusolu probleemil sarnane kokkuvõtlik seaduslik vormulatsioon puudub. Selletõttu sellel juhul seisame meie kahekordse küsimuse ees. Lisaks vajadusele lahendada küsimus nõusolu toimest, peab eelnema küsimus, mis on see nõusolu, mille meie oma probleemiks seame. Ja vähemalt samavõrd, kui järgnevas käsitelus ilmneb erinevaid seisukohti nõusolu toime ja selle ulatuse kohta, esineb ka erinevaid vaateid selles, mida tuleb mõista probleemina püstitatud nõusolu all.²⁾ Õigustatud on etteheited paljudele autoritele, et asudes nõusolu probleemi lahendamisele, on nad mööda läinud küsimusest, mida mõista nõusolu all, mis on nõusolu mõiste.³⁾ Seda küsimust lahendamata jättes otse nõusolu toime selgitamisele asumine on juba sellepärast väär, et siis kogu meie tulemus ühe irratsionaalse suuruse kohta käiks.⁴⁾ Aga palju õnnelikumaks ei saa pidada ka seda palju tarvitatud teed, mis viib probleemi vormuleerimisele lingvistilistest alustest, ja siis nii saadud nõusolu mõistest tahab konsekventse tõmmata nõusolu õigusliku tähenduse kohta.⁵⁾ Põhjapaneva tähenduse viimase lähenemisviisi korral omab Kessleri poolt antud nõusolu mõiste

1) KrS § 45 ja 46.

2) Vrdl. Gerland, V.D.A.T. II, 490: "Denn wie in dieser Frage alles bestritten ist, so ist auch dieser Grundbegriff, so seltsam dies auch erscheinen mag, selbst keineswegs einheitlich definiert."

3) Vt. Kessler, Einw., 17. Vrdl. ka Holer, Einw., 71.

4) Vt. Holer, Einw., 71. Vrdl. ka Schwinge, Teleol. Begriffsb., 4: "Denn wir können im Strafrecht nur solche Begriffe gebrauchen, die allen Anforderungen der Logik entsprechen, d.h. nach Inhalt und Umfang genau bestimmt sind."

5) Vrdl. Honig, Einw., 139.

määritlus¹⁾ Võib eksimatult väita, et sellest Kessleri poolt antud nõusolu mõistest järgnevalt on kogu vastavas literatuuris kujunenud nõusolu probleemi ulatus, kusjuures vaidlusi on rohkesti tekitanud ainult kaks küsimust. Esiteks see, kas eeldab nõusolu mõiste teo toimepanija tahtega kokkulangevat tahet teo toimumisest kannatanul, nii et ühisest tahtest kõnelda võib,²⁾ või on nõusoleku mõisteks küllaldane kannatanu teatav vähemas ulatuses tahteelamus. Viimase sisuline määritlemine omakorda ei ole osutunud hõlpsaks. Vastavas saksa literatuuris on seisundit, millele toimuva teo suhtes kannatanu psüühiline hoiak vastama peaks, väga mitmeti püütud ära märkida. Nii - "zustimmen",³⁾ "sich gefallen lassen",⁴⁾ "gestatten",⁵⁾ "zulassen",⁶⁾ "nicht entgegenstehen".⁷⁾ Silmnähtavalt ühine kõigile neile viimast seisukohta kaitsvatel autoritel on, et nõusolu mõiste ei eelda mõlemi süüteo poole, teo subjekti ja objekti ühesugust aktiivset tahet teoks, vaid kannatanu poolel on küllaldane teataval määral passiivne kuid siiski tegu salliv tahteline seisund, kusjuures siiski üldine on vaade, et peale kujutluse teost ainult passiivsest, hoopiski seisukoha võtuta teole mitte vastuolemisele nõusolu mõiste konstrueerimiseks ei piisa.⁸⁾ Teiseks vaieldavaks punktiks Kessleri nõusolu mõiste

1) Kessler, Einw., 26: "Einwilligung ist die Erklärung der Übereinstimmung meines Willens mit dem Willensakte eines Anderen."

2) Peale Kessleri nii eriti Klee, Goldt. Arch. 48, 179. Ka Roedenbeck, GS. 37, 129 ja Zweik, 25; Bühring, Einw. 7; Yoski, Einw. 17; Heinitz, Probl. mat. Einw. 95. Vrdl. Schrey, Gegen. d. Einw. 48. Vt. ka Holer, Einw., 80.

3) Bar, Gesetz u. Schuld III, 60; Hartmann, Grünh. Zeitsch. 27, 740; Traeger, GS. 94, 113.

4) Kiehl, Goldt, Arch. 54, 370.

5) Hartwig, GS. 82, 317.

6) Honig, Einw., 140; Geber, Zweik. 39.

7) Frank, Kom. 433.

8) "Das blosse Geschehenlassen genügt nicht." Vrdl. Bar, Gesetz u. Schuld III, 62; Honig, Einw., 148; Kessler, Einw. 110; Schrey, Gegenst. d. Einw., 23; Mezger, Lehrb., 278.

määritluses on olnud küsimus, kas nõusolu mõiste eeldab väljendust nõusoleku kohta,¹⁾ või võib tunnustada olevaks nõusolu juba ka siis, kui teost kannatanu psüühikas on sisemiselt olemas vastav tahtesuund.²⁾ See tähendab seda, et kui esimese seisukoha kaitsjate poolt väidetakse, et nõusolust saab kõnelda ainult siis, kui on olemas kannatanu poolel sellekohane väljendus, olgu see siis otsene väljendus või ilmselt selguv kokkludentseist tegudest, siis teiste autorite seisukoha järele tuleb nõusolu mõistesse haarata ka kõik sisult nõustumist sisaldavad internsed protsessid, vaatamata välise väljendusviisile.³⁾

Nendele erinevatele seisukoha võtmistele vastavalt eeltoodud Kessleri nõusolu definitsiooni vaieldavates momentides averdub või kitseneb nõusolu mõiste ja sellega koos ka probleemi ulatus, missugune tähendus tuleks anda nõusolule kriminaalõiguses. Probleemi lahendamiseks jääks aga juba aluseks nõusolu mõiste selliselt väljatöötatult. Juba iseenesest see, et eeltoodud määratluskatsed nõusolu mõiste kohta liigagi kõikuva pinna probleemi lahendamiseks annavad, sunnib meid püüdele leida kindlamat lähtealust. Veel rohkem sunnivad võõrduma eeltoodud argumentatsioonidest aga metoodilised kaalutlused. Kui tekib küsimus, kust pärineb üks või teine seisukoht nõusolu mõiste kohta, siis enamikult autorid ei varjagi, et selle algtödesid on püütud leida nõusolu lingvistilisest mõis-

1) Nii Kessler, Einw., 26, 16, 100 ja GS.38, 568; Bühring, Einw., 7; Bar, Gesetz u.Schuld III, 63; Gerland, V.D.A.T. II, 491; Metz, Einw., 43, Honig, Einw., 140.

2) Holer, Einw., 72; Mezger, Lehrb., 277 ja GS.89, 278; Lobe, Leipz.Kom.34, Geber, Zweik.40; Schrey, Gegenst.d.Einw., 19; Liszt-Schmidt, Lehrb., 26.Aufl., 218 ja eelkõige Binding. Vrdl.Schrey, Gegenst.d.Einw., 14.

3) Vrdl.Schrey, Gegenst d.Einw , 18.

test.¹⁾ Mõttekäik selle juures on see, et kuni õigusnormist ei järgne otseselt teist, tuleb see keeleline mõiste rakendada ka õigusliku mõistena. Peab tunnustama, et õigusnormis keeleline väljenduse ulatus annab need äärmised piirid, millest keegi vastava õigusliku mõiste kujundamisel üle minna ei saa.²⁾ Kuid ei tohi unustada, et meie probleemi määritlemisel nõusolu väljenduse kasutamine on õieti omavoliline. Sellist probleemi nimetust meie ei ole saanud seadustikust, vaid meie oleme ühe kerkinud mõttekäikude ahela ise omalkäel nii ristinud. Kui näiteks meie KrS esineb sõnaselgelt nõusolu teokoosseisu elementina, siis sarnaselt nimetatud teokoosseisu elemendi väljaselgitamisel meie tingimata peame arvestama ka nõusolu keelelise tähendusega. Kuid meie ja ka teistes seadustikes esineb väga mitmeid teisi väljendusi teokoosseisu elementide tähendamiseks, mis umbkaudu sama märgivad, mida eelmärgitud teokoosseisudes väljendus "nõusolu". Kriminaalõigusteaduses on aga ka nende teisiti nimetatud kuid sisult umbes sama tähendavate teokoosseisu elementide tähendus käsitatav ja kokkuvõetav nõusolu probleemi all. Ja meie ei tohi ka unustada, et kriminaalõigusteaduses probleem nõusolu tähendusest on hoopis laiem. Kuigi õigusvastasust kõrvaldavate asjaolude juures enamik seadustikke nõusolust üldse midagi ei märgi, on krimi-

1) Vrdl. Honig, Einw., 139; Holer, Einw., 72.

2) Vrdl. Schwinge, Teleol.Begriffsbild., 48: "Die Grenze der Auslegungshypothesen ist der mögliche Wortlaut "

naalõigusteaduses siiski ka see ja eeskätt just see küsimus nõusolu probleemina üleval. Selles mõttes ongi nõusolu selle probleemi nimetusena omavoliline, et sõna "nõusolu" ainult enam-vähem vabalt valitud terminus tehnicus'ena märgib probleemi.¹⁾ Sarnasest omaltpoolt valitud terminus tehnicuse lingvistilisest mõistest järeldama hakata probleemi sisu ja koguni probleemiks võetud mõistele vastava käitumise õigusliku toime ulatust oleks väär.

Selletõttu ei saa tugineda probleemiks võetud küsimuse vormuleerimiseks tarvitatud väljendi lingvistilisele mõistele. Ka ei tule kriminaalõigusliku nõusolu probleemi piiritlemisel ennast segada lasta võimalikkudest samuti nimetatavaist küsimustest teistes õigusvaldkonnis. See, mis näiteks tsiviilõiguses esineb nõusolu küsimusena, ei pruugi mingit määravat tähendust evida kriminaalõiguses ja vastupidi.²⁾ On muidugi võimalik küsimust ka nii laialt seada, et ta õiguse üldise teooria probleemina esineks. Kuid siis peame ka teadlikud olema, missugusel määral sarnasel korral üksiku õigusdistsipliini sisulised määratlused veel kohaldatavad on. Sama peame arvestama ka sisuliste mõiste määratlustega näiteks tsiviilõiguse abil.³⁾ Langevad aga need literatuuris väga armastatud

1) Vrdl. ka Holer, Einw., 72 "Sprachgebrauch der Juristen", seda mõttekäiku leiame ka Kessleril, Einw., 23 "Kunstaussdruck". Ka Geber, Zweik., 37.

2) Vrdl. Mezger, GS. 89, 276

3) Vrdl. Klee, Goldt. Arch. 48, 207: "Die Einwilligung ist weder Veräusserung oder Dereliktion von Rechten, noch Verzichtleistung auf Rechte, noch Erlaubnis oder Autorisation zur Rechtsverletzung, noch auch vergängige Verzeihung einer Rechtsverletzung. Teils unfruchtbare Abstraktionen, teils das Hineintragen civilrechtlicher Begriffe in die strafrechtliche Betrachtung hat die Erkenntnis des Wesens der Einwilligung ihrer strafrechtlichen Bedeutung verhindert. Köige ulatuslikumalt tsiviilõiguslikult lähtealustelt küsimuse lahendamisele asus Zittelmann, Arch. Ziv. Prax. 99, 1-130. Vrdl. Bar, Gesetz u. Schuld III, 65; Mezger, GS. 89, 271; Traeger, GS. 94, 145.

probleemi määritlemise võimalused ära, siis peamegi paratamatult jõudma sinna, et muutuvad viljakaks need mõttekäigud, mis meie eelpool ette tuua võisime probleemi kerkimise alustena. Kuigi meie ei pääse nii küll probleemi täpsele defineerimisele, saavutame meie seda kaudu siiski selguse tema põhimõtteis ¹⁾ Ja nendest põhimõttelistest seisukohtadest, mis vastavalt nõusolu probleemiks nimetatud probleemi kergitama sundisid, peamegi lähtuma probleemi sisu ja ulatuse määritlemisel.

Eelpool käsitletust ilmnes, et vastavaks küsimuseks oli küsimus süüteoost kannatanu isiku võimest mõjutada enda suhtumisega toimuvasse teosse süüteoks kvalifitseeritava teo õigusvastasust ja karistatavust. Võib väita, et kogu nõusolu probleemi tuum seisabki selles, kas positiivse õiguse normid isiku suhtumisele, kelle vastu süütegu otseselt sihitud on, mingit õiguslikku relevantsi omistavad juhul, kui selle isiku suhtumine sellesse süüteosse ei ole samane karistava riigivõimu suhtumisega.²⁾ Selle juures riigivõimu eitavale suhtumisele võib vastata teost otseselt kannatanu jaatav hinnang või ka, ainult, mitteeitav suhtumine. Tuleb arvata nimelt, et nendest erinevusist juba probleemi seadmisel teha aluseid probleemi piiramiseks ei ole mingit põhjust. Veel vähem võiks olla alust probleemi püstitada

1) Vrdl. Holer, Einw., 71: "Im vorliegenden Abschnitt werden wir zunächst nur eine allgemeinere Definition oder besser eine bloße Umschreibung des Begriffes zu geben vermögen."

2) Teataval määral nii ka Honig, Einw., 23. Et teo karistatavaks tunnustamine avaliku võimu eitavat õiguslikku hinnangut teosse märgib, on üldtunnustatud. Vrdl. Kiehl, Goldt.Arch.54, 366; Honig, Einw., 93.

nii, et küsimuse alla jääks ainult sarnane teost otseselt kannatanu suhtumine toimuvasse üldiselt süüteona kvalifitseeritavasse teosse, mille korral kannatanu tahe langeks kokku teo toimepanija tahtega. Ka ei tuleks probleemi ette piirata selliselt, et meie eraldame sarnased juhul, kus süüteost kannatanu isiku suhtumine otsest väljendust leiab, nendest juhtudest, kus sarnane väljendus mitte aset leidnud ei ole. Üldise eeldusena on mõeldav ainult see, et kuna probleem käsitleb kannatanu suhtumist toimuvasse teosse, siis tõepoolest ei piisa ainult kujutluse omamisest toimuvast teost, vaid on siiski vajalik sellele kujutlusele lisanev teatav tahtesuund. Kõiges muus osades probleemi killustada juba ette tema lähtealustel ei ole mingit mõistlikku põhjust.¹⁾ Küll võib kerkida küsimus, kas teatava õiguskorra seisukohalt nõusolu eelpool piiritletud üldises mõttes õiguslikult relevantseks lugeda saab siis ainult, kui teo toimepanija ja kannatanu tahe teo teostamises täiesti kokku langevad või kui nõusolu on väljendust leidnud teatavais meeleliselt tajutavais väljendusvormides. See ei oleks aga enam probleemi sisu küsimus, vaid õiguslikult relevantse nõusolu eeltingimuste küsimus. Ja see küsimus ei ole lahendatav mitte a priori püstitatud definitsioonist deduktiivsel teel, vaid kehtivate positiivõiguslike normide alusel. Nii võiks

1) Vrdl. Gerland, V.D.A.T. II, 491.

väita, et meie kehtiva Kriminaalseadustiku seisukohalt tuleks asuda seisukohale, et õiguslikult relevantsetena võiks arvesse tulla kannatanu sarnanegi suhtumine, mis otseselt kokku ei lange teo toimepanija tahtega, kui ka see, mille juures kannatanu mitteeitav suhtumine toimuvasse teosse väljendatud ei ole. Selle väite esimese osa aluseks võiks olla norm, mis määritleb tahtlust¹⁾ Selle kohaselt arvatakse tegu tahtlikult toimunuks mitte üksi siis, kui teo toimepanija vastavat käitumist koos tagajärjega otseselt soovis, vaid ka siis, kui ta teadvalt sündida laskis tagajärje Teiste sätete puudumisel peaks õigustatud olema samas ulatuses mõista ka kannatanu tahtluse suhtumise võimalust. Seetõttu meie kehtiva KrS alusel ei tuleks nõusoluna arvesse mitte ainult sarnane kannatanu suhtumine teosse, mis kokku langeks tegija otsese tahtlusega selle teo sooritamiseks, vaid küllaldane on, et kannatanu teosse suhtumine vastaks dolus eventualis'ele vastavale psüühilisele seisundile Meie kehtiva KrS seisukohalt ei ole ka põhjust tahte väljendust pidada sarnaseks oluliseks elemendiks, mis nõusolu konstateerimiseks tingimata esinema peab. Väited, mis sarnase väljenduse vajalikkuse paratamatuks teevad tuletamisega õiguse mõistest üldse, on valitsevas literatuuris üldtunnustatult tagasi lükatud õigus-

1) KrS § 48.

tatud rõhutamisega sellele, nii võib see küll tsiviilõiguses paratamatu olla vastavate normide alusel, kuid et eriti kriminaalõiguses ainult isiku psüühikas esinevail elementidel ka tähtis seisukoht on.¹⁾ Ja tuleb pidada meeles, et otsustus käitumise õiguspärasuse või õigusvastasuse kohta on objektiivne hinnang, kus mingit tähendust ei pruugi evida teo toimija teadmine näiteks nõusolu eksisteerimisest, mistõttu ka sellel motiivil nõusolu avaldamise vajadus ära langeb.²⁾ Meie kehtiv KrS ei esita selles osas mingit eriseisukohta. ↑ Vastupidi, ei teki mingit kahtlust, et seal, kus KrS kohaselt vajalik on süüteo teokoosseisu kohaselt nõusolek teoga, või toimumine mitte vastu teo objektiks oleva isiku tahtet, on küllaldane selle isiku internest tahtest ja nõustumisest, et kõrvaldada toimuva teo teokoosseisupärasust. Muidugi on õige, et sellekohase väljenduse puudumisel väga suuri raskusi on nõusolu olemasolu konstateerimiseks,³⁾ kuid ei tohi unustada, et õiguslik küsimus mõiste ulatusest ja sisust ei saa olla sõltuv tõendamise raskustest.⁴⁾

{ Eelöeldu põhjal nõusolu probleemi mõistmine diskrepantsina karistava riigivõimu ja teost otseselt kannatanu isiku suhtumiste vahel teo hinnangusse ja sellest järgneva õigusliku toime kohta toob iseenesest kaasa selle, et ära lange-

1) Vrdl. Mezger, Lehrb., 266, 270, GS.89, 275; Schrey, Gegen d. Einw., 18.

2) Vrdl. Liszt-Schmidt, Lehrb., 26. Aufl., 218. Vrdl. ka Mezger, GS.89, 272.

3) Vrdl. Kessler, GS.38, 568; Bühring, Recht.Bedeut.d.Einw., 7 Gerland, V.D.A.T. II, 491; Bar, Gesetz u.Schuld III, 63.

4) Nii Mezger, Lehrb., 210; Schrey, Gegenst.d.Einw., 18; Geber, Zweik., 40. Vrdl. vastavat mõttekäiku ka Yoski, Einw.27.

vad need vähesed katsed, mis on tehtud nõusolu probleemi kergitamiseks ka üldsuse vastaste süütegude korral.¹⁾ Páris õigusega on üldiselt omaks võetud seisukoht, et kuigi riigiorganite puhul oleks ka mõeldav eelpool eraisiku puhul nõusoluna märgitud mitteeitav suhtumine üldiselt süüteona hinnatavas teosse, siis oleks see ikkagi hoopis probleem omaette ja mitte käsitatav nõusolu tähenduse küsimuse tavalistes piirides.²⁾

Just viimane mõte nõusolu probleemi võimalusest ainult isikuvastaste süütegude puhul viib tarvidusele enne probleemi lõpliku kuju võtmist veel selgusele saada nõusolu subjektis. Nimelt mitte ükskõik missuguse üksikisiku suhtumine toimuvasse teosse ei tule nõusolu probleemi piirides küsimusse, vaid ainult teost kannatanu suhtumine.³⁾ Literatuuris on üldiselt määritletud sellise kannatanuna, kelle nõustumise relevantsi kohta antud probleemi piirides küsimus tõstetakse, vastava süüteo puhul kaitstava õigusvara kandjat.⁴⁾ Kui aga kannatanu oleks õigusvara kandja, siis avaks see uuesti selle piiritõmbamise probleemile, mis eelpool oli märgitud võimalusena ainult üksikisiku puhul süüteost kannatanuna. Sest vaieldamatult võib esineda ka üldsus õigusvara kandjana. Kui siiski

-
- 1) Nii Schraffruth ja Guderian. Vrdl. Honig, Einw., 12, 134.
 - 2) Vrdl. Kessler, Einw., 65; Gerland, V.D.A.T II, 502; Klee, Goldt. Arch. 50, 373; Kiehl, Goldt. Arch. 54, 364, 366; Metz, Einw., 15; Yoski, Einw. 43; Frank, Kom. 132; Dohna, Rechtsw., 149; Hartwig, GS. 82, 310/311; Hippel, Deutsch. Strafrecht II, 244. Ei saa aga seda õigeks pidada, et nõusolu küsimuse kerkimine üldsuse vastaste süütegude puhul sellepärast võimatu oleks, et ühelgi riigiorganil ei saa olla võimu seadusandja poolt süüteoks tunnustatud teoks nõusolekut avaldada. Nii siiski Traeger, GS. 94, 115. Vt. ka Gerland II, V.D.A.T. II, 502. On nimelt mõeldav, et seadus võib riigiorganile ette näha vastava spetsiifilise õigustuse.
 - 3) Vrdl. Holer, Einw., 83. Et ka teiste isikute suhtumine toimuvasse teosse kergitab huvitavaid küsimusi ja nende riigivõimu seisukohaga mitte kooskõlaline tahtesuund ka kriminaalõigustlikult relevantseks osutada võib, näit. toimunud või toimuvate mitteülesandmisel, see jääb omaette küsimuseks.
 - 4) Vrdl. Gerland, V.D.A.T. II, 489; Holer, Einw., 86: "Für das Recht kann niemand anders der Verletzte sein als der Träger des Rechtsgutes." Nii ka Liszt-Schmidt, Lehrb., 26. Aufl., 217; Dohna, Rechtsw., 145.

piiritleda kannatanut nõusolu probleemi vaatekohalt nende üksikisikutega, kes on rikutavate või ohustatavate õigusvarade kandjad, siis kerkivad raskused ikkagi teisel poolel. Nimelt sarnase kannatanu mõiste vormuleerimisega oleks isik, kelle nõusolu kohta meie küsimuse esitame, muudetud väga ebamääraseks, sest on väga raskelt ja erinevalt vastatav küsimus, kes on teatava süüteo korral kaitstava õigusvara kandja.¹⁾ Kui see teisiti väljendudes tähendaks selgust küsimuses, kelle huvides, kas teatava üksikisiku või üldsuse interessi kaitseks on vastav tegu karistuse ähvardusel keelatud, siis niivõrd kui mõeldav oleks probleemi lahendamisel lähtuda ka õigusvastasuse materjaalsest sisust, ei tähendaks see muud kui küsimuse teisiti vormuleerimist, mitte tema sisu määritlust. Sest õigusvastasuse materjaalsest sisust lähtudes on ikka väidetud, et üksikisiku nõusolul üldsuse huvides kaitstava õigusvara suhtes määravat tähendust olla ei saa, tema üksikisiku enda huvides kaitstava õigusvara puhul oleks see aga ilmne.²⁾ See tähendaks aga seda, et sarnaselt probleemi seadmisega oleksime selle juba ette vastanud, olgugi ainult ühe lähtealuse seisukohalt. Et kõigi autorite poolt, kes kannatanud õigusvara kandjana määritlenud on, siiski nõusolu probleem väga vaieldavana püsida võib, siis ka see näitab, et kannatanu mõiste vaatamata selgesõnalisele määritlusele

1) Vrdl. Frank, Kom.133; Holer, Einw.,84. Vrdl.ka Kessler, 52.

2) Vrdl. Liszt-Schmidt, Lehrb.,26.Aufl.,217.

argumentatsiooni kestel teatava metamorfoosi läbi teeb, kandudes kaitseobjekti kandja mõistelt teoobjekti kandjaks. Sellega arvestades on õigem, kui juba ette küsimuse seame konkreetsemalt, määritledes nõusolu probleemi piirides kannatanut selle üksikisikuna, kes on süüteo teoobjektiks või teoobjekti kandjaks,¹⁾ viimasel kujul näiteks varavastaste süütegude puhul. Meid eriti huvitava konkreetse süüteoliigi - kehavigastuste puhul oleks sellekohaselt küsimus selles, missuguse tähenduse teo süüteks arvamisel eviks selle isiku nõustumine teoga, kelle tervis vastava süütegeliku käitumisega rikutud või ohustatud on. Tema nõusolu relevantsi kohta esitame meie küsimuse.

Lõpuks olgu veel märgitud, et teoorias nõusolu tähendus võib kaalumisele tulla kõigi süüteo elementide seisukohalt, seega nii teokoosseisu, õigusvastasust või süüd kõrvaldava alusena.²⁾ Sellejuures teokoosseisu ja õigusvastasuse lähedase sideme tõttu,³⁾ on õige nõusolu toimet nende kahe elemendi seisukohalt vaadelda koos.⁴⁾ Nõusolu toime süüd kõrvaldava alusena võib vaatlusele tulla aga alles siis, kui selge on nõusolu toime teokoosseisu ja õigusvastasuse seisukohtadelt. Selle tingib süü mõiste, mille eelduseks on, et teatava süüteo teokoosseisule vastav inimlik tegu peab eitavalt hinnatud olema, seega õigusliku hinnangu puhul

1) Nii Mezger, Lehrb., 214; Traeger, GS 94, 113. Teatavaid mõttekäike selle poole ka Holer, Einw., 85; Hippel, Deutsch. Strafr. II, 244. Ka Kiehl, Goldt. Arch. 54, 384; Honig, Einw., 86; Metz, Einw., 4.

2) Et kannatanu nõusolu iseendast tegu kriminaalõigusliku hinnangu üldise alusena olematuks ei tee, on niivõrd endastmõistetav, et selle juures peatuda kaasajal enam ei saa, kuigi ei ole puudunud vastupidised vaated. Vastavate autoritega polemiseerib veel Klee, Goldt. Arch. 48, 340.

3) Vt Mezger, Lehrb., 182

4) Nii ka Gerland, V.D.A.T. II, 489; Honig, Einw., 162; Hartwig, GS. 82, 316; Kiehl, Goldt. Arch. 54, 363. Frank, Kom. 132; Schrey, Gegenst. d. Einw., 5; Traeger, GS. 94, 145.

peab tegu olema enne õigusvastaseks tunnistatud.¹⁾ Loomulikult langeb nõusolu tõttu teokoosseisu mittetäitumise või õigusvastase kõrvaldamise korral küsimus nõusolu süüd kõrvaldavast tähendusest sama teo vaatluse piirides hoopis ära. Et aga sarnasel korral ja just selletõttu üldiselt küsimus võib tõusta nõusolu süüd kõrvaldava tähenduse kohta, on samuti vaidlematu. See on aga uus probleem ja jääb käesoleva käsitlest kõrvale. Eriküsimusena kuulub süüõpetusse ka küsimus, missuguse tähenduse omab tegija poolt kannatanu nõusolu olemasolevaks pidamine, kui seda nõusolu aga tõeliselt olemas ei olnud.²⁾ Lõpuks olgu veel märgitud, et n.n. presumeeritava nõusolu õigusliku tähenduse küsimus tõusetub küll õigusvastasust kõrvaldavate aluste vaatluse piirides, kuid sarnasel korral ei ole tegu enam nõusoluga selle otseses mõttes ja seega esitab see sootuks iseseisvat eriprobleemi.³⁾

1) Vrdl. Mezger, Lehrb., 254: "Ohne begangenes Unrecht ist Schuld nicht denkbar.", ka Frank, Kom. 18. Aufl., 139; M.E. Meyer, Lehrb., 231; Liszt-Schmidt, Lehrb., 26. Aufl., 145: "Auf die tatbestandmäßige rechtswidrige Handlung bezieht sich also die Schuld im Strafrecht. Daraus ergibt sich zwingend, dass die Schuld im strafrechtlichen System erst nach der Lehre von der Rechtswidrigkeit behandelt werden kann." Ka Liszt-Schmidt, Lehrb., 26. Aufl., 222.

2) Vrdl. Klee, Goldt. Arch. 48, 349; Honig, Einw., 153; Bar, Gesetz u. Schuld III, 64.

3) Mezger, Lehrb., 218; Honig, Einw., 153; Schrey, Gegenst. d. Einw., 8.

2. peatükk.

Lahendused seadusandlustes.

Kui meie enda käsitusse liidame teatava tagasivaate ajalooliselt aset leidnud nõusolu probleemi lahendustele ja lühikese ülevaate kaasaja selle probleemi lahendustest teistes õiguskordades, siis muidugi see ei tähenda seda, et meie seda kaudu otsime meie poolt püstitatud probleemi lahendust.¹⁾ Koos Yoski ja Hartwigiga²⁾ kinnitame ka meie, et probleemi lahendamiseks meie kehtiva KrS seisukohalt ei ole mingit dogmaatilisel olulist tähendust Rooma õiguse seisukohtadel, mida omalt poolt peame kehtivaks samavõrd iga teise mineviku ja oleviku õiguskorra kohta. Küll aga arvame meie, et ülevaate probleemi lahenduskatsete ajaloost ja praegusest seisust aitab meid paremini silmata probleemi ulatust ja lahenduskatsete pidepunkte.³⁾ Sellepärast peame õigeks selle ülevaate.

Vaadeldes üksikute riikide kriminaalseadustikke tõmbavad eeskätt tähelepanu need seadustikud, kus nõusolu probleem üldise ja ühtlase põhimõttega lahendatud on. Kehtivais või kehtivusel olnud kriminaalõiguslikest normistikest sisaldavad üldist expressis verbis lahendust nõusolu probleemile aga õige vähesed seadustikud. Vanemaks allikaks, kus üldine norm nõus-

1) Nagu pealkiri näitab, on meie probleemiks kannatanu nõusolek Eesti kehtiva KrS seisukohalt. Meie seisukohalt ei ole võimalikud üldsegi need kahtlase väärtusega tugenemised Rooma õigusele, mis esinevad Saksa literatuuris, põhjendusega Rooma õiguse retseptatsioonile. Vrdl. näit. Bar, III, 59

2) Yoski, Einw.1: "Jedenfalls ist aber das römische Recht für die Beantwortung der Frage nur von historischen, nicht dogmatischen Wert." Vrdl. ka Hartwig, GS.82, 306.

3) Nii ka Hartwig, GS.82, 306.

olu relevantsi kohta esineb, on Rooma õiguse Corpus juris, kuhu on kodifitseeritud Ulpianuse lause "Quia nulla injuria est, quae in volentem fiat"¹⁾ Kuigi mitmelt poolt on vastu vaieldud seisukohale, nagu märgiks vastav lause Corpus jurisest Rooma õiguse üldist lahendust nõusoleku probleemile ja vastavalt sellele selles normis käsitatud injuria mõistet on püütud piirata ainult injuriaga kitsamas mõttes, mis hõlmaks osalt kaasaja kriminaalõiguse seisukohtadelt vägivalda isiku vastu ja osalt isiklikku auhaavamist,²⁾ on valitsev arvamine kaldunud siiski sellele, et Rooma õiguse kohta ülaltoodud Ulpianuse ja ka teiste fragmentide põhjal võib põhjendatult väita, et siin on nõusolu probleem üldisel kujul ja nõusolu relevantsi jaatavalt lahendatud. Selle valitseva arvamuse tugipunktiks on väide, et injuria all vähemalt Ulpiani poolt ettetoodud kontseptsioonis tuleb mõista süütegu üldse, vähemalt iga süütegu, mis käib isiku vastu³⁾

Edasises Euroopa kriminaalõiguse ajaloo ei kordu Rooma õiguse üldine ja expressis verbis probleemi lahendamise moodus enne, kui alles mõnedes uueaja seadustikes. Teatava erandi moodustab Inglise õigus, kus võib pidada üldiseks kehtivaks põhimõtteks samuti teesi - volenti non fit injuria.⁴⁾ Meeles pidades aga Inglise õiguse erilist allikmaterjali, on see Inglise õiguse

1) Dig. 47, 10 de injur l.1 § 5. Üldiselt tsiteeritavaks on saanud see mõte vormelis "Volenti non fit injuria". Vrdl. Kessler, Einw., 1; Hartwig, GS.82, 302.

2) Nii Dohna, Rechtsw., 145; Liszt-Schmidt, Lehrb., 26. Aufl., 217 Vrdl. ka Hippel, Deutsch. Strafr. I, 72, kes on jäänud teataval määral vahepeelsele seisukohale.

3) Nii Honig, Einw., 2; Löffler, V.D.B.T. V, 209; Binding, Grundriss, 185. Vrdl. ka Mommsen, Römisch. Strafr., 784, 798; eriti veenvalt Hartmann, Grünh. Zeitsch., 27, 699 j.j., ka Hartwig, GS.82, 306

4) Vrdl. Gerland, V.D.A.T. II, 517, 518; Honig, Einw., 3

seisukoht siiski konstateeritav teatava põhimõttena, ei ole aga võimalik viidata vastavale kindlailmelisele seaduse normile.

Peale Rooma õigust esinevad ulatuslikumad kodifikatsioonid, nagu Corpus juris canonici ja Constitutio Criminalis Carolina ei sisalda nõusolu probleemi üldist lahendust.¹⁾ Kui nii kanoonilise õiguse kui ka Carolina ja viimasele tugineva Saksa üldisõiguse kohta väidetakse, et nende kõigi üldine printsiip oli, et nõusolu ei ole suuteline kõrvaldama teo õigusvastasust,²⁾ siis on see ikkagi üks õigusteaduse teooria seisukohti, mitte aga õigusnormes otseselt ja vaieldamatult väljendust leidnud lahendus. Seda enam, et ei tule unustada, et on ka vastupidiseid seisukohti.³⁾

Sama nõusolu probleemi kohta üldise seisukoha mitteavaldamise tendents ilmneb väheste eranditega ka 19.sajandi ja kaasaja seadustikes. Need õiguskorrad aga, kus antud on nõusolu probleemi üldine lahendus, esitavad omalt poolt risti vastupidiseid vastuseid. Kaasajal kriminaalõiguslikest normistikkudest võiks ühelt poolt märkida eelpool juba nimetatud Inglise õigust ja selle tütarõigusi, kus viimastes ka juba kodifitseeritud kujul on väljendatud üldine seisukoht, et kannatanu nõusolu kõrvaldab teo süüteks arvamise⁴⁾ Sellejuures muidugi üldisest põhiseisukohast on erandeid ja selletõttu ka nendes õiguskordades mõnede süütegude korral kannatanu nõusolu

1) Vrdl. Hartwig, GS.82, 310.

2) Vt. Honig, Einw., 2 u.3; Yoski, Einw., 4; Kessler, Einw., 2; Hartmann, Grünh. Zeitsch., 27, 706 j. j. ? CCC suhtes on Hartmann vastupidisel seisukohal, vt. Grünh. Zeitsch. 27, 718.

3) Nii Hartwig, GS.82, 310 j. j. Üldiselt seisukohal, et keskaja õigustes on tunnustatud nõusolu relevantseks on ka Rosin, Vestn. Prava 1899, 103.

4) Gold Coast 1892. a. seadustik art. 17; Indian Penal Code 1860. a. § 87; New-Zealand Code 1893, § 6, 7. Inglise õigusele vastav seisukoht on võetud omaks ka Põhja-Ameerika Ühendriikide osariikide õigustes. Vt. Strafgesetzgebung der Gegenwart II, 348, 233. Vrdl. ka Honig, 3 Gerland, V. D. A. T. II, 517, 518.

on irrelevantne. Viimane on üldiselt alati kehtiv nõusolu kohta surmamiseks. Sarnane erand esineb siis aga sõnaselge erandina ja juhtudel, kus erandit ette nähtud ei ole, tuleb kohaldamisele üldine printsiip nõusolu relevantsi kohta. Teiselt poolt rida seadustikke esitavad expressis verbis üldise normi, mille kohaselt ka nõusolul toimuv tegu tunnustatakse karistatavaks süüteks. Viimaste kriminaalseadustikkude sarjast oleks märkida Austria 1852.a. koodeks, Baieri 1813.a. koodeks ja Oldenburgi 1814.a. koodeks. Baieri 1813.a. koodeksis on väljendatud, et nõusolul puudub igasugune karistust kõrvaldav või ka karistust pehmendav tähendus, kusjuures erandina ainult varavastaste süütegude korral tunnustatakse nõusolu tähendust.¹⁾ Analoomiliselt ja Baieri koodeksi eeskujul on küsimus lahendatud ka Oldenburgi 1814.a. koodeksis Austria 1852.a. koodeksis on öeldud sõnaselgelt, et süüteks jääb ka tegu, mis on toimunud sarnase isiku vastu, kes sellega nõus on.²⁾ On vaieldud, kas süüteo all Austria 1852.a. koodeksi § 4 mõttes tuleb mõista süütegeid üldse, või ainult raskeid kuritegeid meie KrS tärminoloogia seisukohalt. Meie käsitluses ei oma aga see küsimus olulist tähendust, sest nii ühel kui teisel juhul jääks tõsiasjaks, et seadustikus esineb üldine norm nõusolu tähenduse kohta, kusjuures ainult üldisele normile allutatavate

1) Vrdl. Gerland, V.D.A.T. II, 510; Honig, Einw., 4; vt. ka Ullmann, GS.37, 535; Rosin, Vestn.Prava 1899, 106.

2) Vt. ^{Austria} 1852.a. seadustiku § 4: "Verbrechen werden also auch an solchen Personen begangen, die ihren Schaden selbst verlangen oder zu demselben einwilligen." Vastav norm esineb pea sõnasõnalt sarnasena juba Theresianas 1768.a. Vrdl. Honig, Einw., 4.

kaasuste ulatus oleks erinev sõltuvalt sõna "Verbrechen" mõis-
test. Veel sisaldavad nõusolu tähendust eitava üldise määrit-
luse Portugali 1884.a. seadustik,¹⁾ Brasiilia 1890.a. seadus-
tik²⁾ ja Meksiko 1871.a. koodeks.³⁾ Kõigis neis seadustikes on
aga ka märgitud, et seadustikus eraldi ettetoodud juhtudel sel-
lest üldreeglist on erandeid lubatud.⁴⁾

Teistes seadustikes üldisel kujul väljendatud reeglit
nõusolu tähenduse kohta ei esine. Muidugi see, et vastava õi-
guskorra poolt ei ole expressis verbis antud üldist probleemi
lahendust, ei tähenda kaugeltki seda, et sellele probleemile
hoopiski selgesõnaline lahendus antud ei oleks. Sest jääb või-
malus, et otsitav vastus on antud siiski sõnaselgelt eriosas
igakord eriti vastavate sättejude juures.⁵⁾ Viimane süsteem
kui eriti otstarbekas on mõeldav just siis, kui lahendus eri-
sättejude korral oleks erilaadne. Sel juhul oleks lahendus-
te erilaadsuse tõttu üldise reegli andmine raske, kui mitte
päris võimatu. Viimane asjaolu on tinginudki selle, et mõned
seadusandlused lahendavad küll sõnaselgelt nõusolu probleemi,
kuid mitte üldise vormeliga. Sarnase lahendusviisi näitena
oleks välja tõsta Norra 1902a. seadustik. Norra seadustiku
üldosas ei ole antud üldist normi nõusolu kohta. Selle eest
on aga eriosas korduvalt mainitud nõusolu relevantsust või

1) Code pénale art.29; Strafgesetzgebung d. Gegenwart I, 540.

2) Código penal § 26; Strafgesetzgebung d. Gegenwart II, 178.

3) Código penal art.10; Strafgesetzgebung d. Gegenwart II, 117.
Vrdl. ka Gerland, V.D.A.T. II, 519; Honig, Einw., 4.

4) Vrdl. Honig, Einw., 4; Gerland, V.D.A.T. II, 516, 519.

5) Vrdl. Bühring, Einw., 23.

irrelevantantsust.¹⁾ Nii on näiteks nõusolu kohta kehavigastuste korral püstitatud eraldi norm, et nõusoli ja vastu toimepandud tegu ei ole karistatav, välja arvatud rasked kehavigastused, millede puhul nõusolu õigusvastasust ei kõrvalda, vaid põhjustab ainult karistuse kergenemise.²⁾

Peab aga ütleva, et Norra 1902.a. seadustik on üks vähe-
seid, mis sarnasel viisil, olgugi mitte üldise määratlusega, kuid siiski sõnaselgelt nõusolu probleemi lahendab Enamik kaasaja kriminaalseadustikke, kes ei lahenda nõusolu probleemi üldise määratlusega, ei anna vastavaid erinorme ka eriosas üksikute süütegude puhuks

Ühte uuemat ja põhjalikumalt ettevalmistatumat katset, anda nõusolu probleemi lahendust seadustikus sõnaselge vormeli abil, on taotletud Saksa kriminaalõiguse reformi kestel. "Vorentwurf" jättis nõusolu küsimuse veel täiesti puudutamata, kusjuures seletuskirjas väljendust leidis seisukoht, et sellega põhjendatakse teiste vastavate sätete puudumise puhkudeks nõusolu irrelevantantsus süüteo õigusvastasuse kõrvaldamise suhtes.³⁾ 1913.a. "Kommisionentwurf'i" seletuskiri asub juba aga risti vastupidisel seisukohal,⁴⁾ kusjuures peetakse nõusolu probleemi lahendus üldiselt antuks üksikute süütegude mõistete ja teokoosseisude kaudu ja erilise la-

1) Sarnase esitamiseviisi teadlikkust rõhutab Norra seadustiku seletuskiri järgmise põhjendusega: "Wo es nötig erscheint, etwas Besonderes über das Einverständnis auszusprechen, geschieht dies leichter in speziellen Teil." Vrdl. Gerland, V.D.A.T II, 515.

2) Norra 1902.a.seadustik § 235. Vrdl. Gerland, V.D.A.T. II, 515.

3) Vrdl. Honig, Einw., 130; Mezger, Lehrb., 218. Vt. ka Hartwig, GS.82, 314. Vastav otsene viide puudutab seletuskirjas küll ainult nõusolu kehavigastuste korral.

4) Mezger, Lehrb., 218.

henduse vajalikkust nähakse ainult kehavigastuste puhul. See viimane probleem on lahendatud siis ka sõnaselgelt selliselt, et nõusolu tunnustatakse õigusvastasust kõrvaldavaks, kuivõrd ta ei käi vastu headele kommetele ¹⁾ See seisukoht on jäänud püsima Saksa eelnõudes ka hiljem. ²⁾ Seega ei ole siingi õnnestunud taotlus üldist lahendust sellele probleemile saavutada. Pealegi kehtivaks õiguseks pole saanud ükski arvukast Saksa eelnõude sarjast, mispärast on siin kirjeldatud seisukohadki juba sellepärast jäänud ainult lahenduse katseteks. Kehtiv Saksa kriminaalseadustik (StGB) ja sellega koos valdav enamus kõigist kaasaja kriminaalseadustikest ei sisalda sõnaselget lahendust nõusolu probleemile ei üldise reegli kujul ega ka eriosas üksikute süütegude kaupa. ³⁾

Muidugi ei tähenda see sõnaselge lahenduse puudumine seda, et vastava õiguskorra seisukohalt probleemi lahendus puuduks. Lahendus võib olla ja tegelikult kehtivais seadustikes on ka antud eriosaliselt süütegude teokoosseisude sarnase konstruktsiooniga, et eriline nõusolu probleemi lahendust märkiv üldosaline või eriosaline norm üleliigseks osutuks. Siin on mõeldud esiteks neid juhte, kus nõusolu resp. mittenõustumine on tehtud süütegude teokoosseisu elemendiks. Sarnaselt on näiteks kujundatud reas seadustikes varguse teokoosseis. ⁴⁾

1) Komisionentwurf § 293. Entwürfe zu einem deutschen Strafgesetzbuch I Teil lhk.70.

2) Vrdl. Traeger, GS.94, 113

3) Vrdl. Klee, Goldt.Arch.48, 366. Olgu uuematest koodeksitest näitena viidatud Poola 1931.a.koodeksile, mis samuti sõnagagi ei maini nõusolu toimest vastutusele. Vrdl. Kristal, Õigus 1933 lhk.247.

4) Vt. Ungari 1878.a. koodeks § 282, 283, 333; Norra 1902.a. koodeks § 257; Itaalia koodeks. Sarnaselt mõistab varguse teokoosseisu Cod.Pénale alusel ka Prantsuse teooria ja kohutpraksis Vrdl. Gerland, op cit.512-514.

Teiseks kuuluks sellel viisil lahendamisele nõusolu probleem ka neil juhtudel, kus olgu küll, et süüteo teokoosseisu elemendina nõusolu resp. mittenõustumine ei esine, on süüteo mõisteline ehitus vastava seadustiku järele siiski sarnane, et ta vaieldamatult vastava süüteo olemasoluks eeldab nõustumist või mittenõustumist. Viimasel korral on määrava tähendusega see objekt, mille vastu süütegu toimub, mõistes siinkohal süüteo objektina vastavat kaitseobjekti

Mitte kõigi süütegude puhul ei esine kehtivais seadustikes aga nõusolu resp. mittenõustumine teokoosseisu elemendina ja mitte kõigi süütegude juures ei ole süüteo objekt seadustikus määritletud nii ilmselt, et selle kaudu nõusolu probleem lahenduse leiaks. Üheks sarnaseks süüteoks, kus eelpoolmärgitud vahenditega lahendust ei leita, on üldiselt peetud kehavigastust. Siis seisamegi küsimuse ees, kuidas laheneb neil korral nõusolu probleem, kui sealjuures seadustik üldist sõnaselget nõusolu probleemi lahendust ei anna. Muidugi jääb üle siis veel võimalus sõnaselge üldise lahenduse puudumisel otsida siiski üldist lahendust, lahendamise põhimõtet seadustiku tõlgendamise teel.¹⁾ On sarnaselt saavutatav üldine lahendav vormel, siis on muidugi lihtne lahendada nõusolu probleem nende süütegude korralgi, kus eelpoolkäsitletud selgesõnalised lahendamisalused puuduvad.

1) Vrdl. Frank, Kom.141: "Ferner braucht der eine Ausnahme von dem Verbot begründende Rechtssatz nicht immer ausdrücklich erklärt zu sein, er kann auch aus dem Zusammenhang der Rechtsordnung im ganzen folgen."

Osa nende kaasajal valdavas enamuses esinevate kriminaal-seadustikkude juures, kus nõusolu probleemi üldine expressis verbis lahendus puudub ja ka eriosaline sõnaselge lahendus mitte kõigi süütegude juures konstateeritav ei ole, on päris kindlasti konstateeritav seadusandjal silmi ees olnud üldine lahendusvormel ja soov selle kehtima pääsemiseks loodavas seadustikus. Nii on nähtav meie KrS eelkäija ja algkuju Vene U.N.S. seletuskirjast, et redaktsioonikomisjon on asunud seisukohale - U.N.S. järele nõusolu üldise printsiibina on õigusvastasust kõrvaldav asjaolu.¹⁾ Kui see seadusandjate hulgas esinenud ja seletuskirjas fikseerimist leidnud seisukoht saaks määrav olla seadustiku mõistmisel, siis oleks nõusolu probleem üldiselt ja eriti ka kehavigastuste puhul U.N.S. seisukohalt lahendatud. Et U.N.S. ja KrS normistike erinevus sarnast laadi ei ole, et sellest nõusolu probleemist teissugune lahendusvormel KrS järele järgneks, siis olekski vastatud meie probleem ka KrS järele. Kahjuks peame aga õigeks pidama, et seadusandja seisukohast ja n.n. seadusandlistest materjalidest mingit kindlat vastust dogmaatilisel käsitusel olla ei saa.²⁾ Nendest ilmnevatel seisukohtadel võib olla ainult indiitsi kehtivus ja heuristiline väärtus, mitte aga lõplik ja lahendav.³⁾ Eriti mõtlemapanevaks seadusandliste motiivide väärd-

1) Ugolovnoe uloženie, Projekt redaktsionnoi komissi, Tom VI, 179. Vrđl.Tagantsev, Russkoe ugolovnoe pravo, I, 496.

2) Vrđl.Hartmann, Grünhuts Zeitsch.27, 746. Nii ka Schwinge, Teleologische Begriffsbildung, 55 j.j. ühes metodoloogilise põhistusega.

3) Vt. Schwinge, Teleologische Begriffsbildung, 55.

tuses muutub aga olukord, kui umbes sarnase normimaterjali juures teiste maade kohtupraktis ja ka teooria viib risti vastupidiseile seisukohtadele. Nii Prantsuse Code Pénal ei anna samuti üldist lahendusvormelit nõusolu probleemile, ei puuduta ka seda eriosaliselt kehavigastuste puhul. Baseerudes sarnastele normidele Prantsuse kõrgema kohtu praktis ja ka valitsev teooria aga asuvad nõusolu relevantsi suhtes, eriti kehavigastuste puhul täiesti eitaval seisukohal.¹⁾ Teatavat erinevust normi sisudes Vene U.N.S. ja Prantsuse Code Pénal vahel selles osas, mis nõusolu probleemi lahendusele võiks oluline olla, ei saa siiski salata. See on erinevus selles, et Vene U.N.S. tunneb tapmist tungival palvel kui erisüütegu, Prantsuse Code Pénal seda ei tunne. Et see erinevus võiks küllaldaseks aluseks olla risti vastupidistele seisukohtadele nõusolu tähenduse kohta üldse, on kaheldav. Siiski selle erinevusega kui võimaliku alusena erinevaiks lõpplahendusiks tuleb arvestada. Samal ajal aga Saksa Strafgesetzbuch (StGB) ja Vene U.N.S. on pea täpsusteni sarnased kõigis neis normides, mis võiksid puudutada nõusolu üldiselt ja kehavigastuste puhul eriti. Ometi samal ajal kui Vene U.N.S.seletuskiri ja ka Vene U.N.S. rajanev kohtupraktis²⁾ püsib seisukohal, et nõusolu on kõigi isikuvastaste süütegude puhul õigusvastasust kõrvaldavaks asja-

1) Vrdl. Gerland, V.D.A.T. II, 513; Löffler, V.D.B.T. V, 249; Tagantsev, Rus.ugol.pravo I, 498.

2) Tagantsev, Rus.ugol.pravo I, 498; Gerland, op.cit., 515; Stg.d.G. I, 285.

oluks, välja arvatud seaduses eriti märgitud erandjuhud, on Saksa Reichsgericht (RG) asunud kindlale ja püsivale seisukohale, et üldreeglina kannatanu nõusolu on olutu teo süüteoks arvamiseks või mittearvamiseks, välja arvatud muidugi juhud, kus süüteo teokoosseisust vastupidist ei järgne. See seisukoht on muu hulgas kohaldatav ka nõusolu puhuks kehavigastusele.¹⁾

Kokku võttes näitab see, et ühist ja ühtlast nõusolu probleemi lahendust ei tunne kriminaalõiguse ajalugu ega kaasaja õiguskorrad. Päril kahtlematu selgusega on püsinud ja püsivad kõrvuti õiguskorrad, mis eitavad või jaatavad nõusolu relevantsti. Veel enam, sama õiguskorra piires võib esineda ühe süüteo puhul nõusolu relevantstena, teise puhul mitte.²⁾

Kuigi mitte muud, siis võime kõigest eelpool leitud enda kitsa probleemi lahendamiseks järeldada seda, et mõisteliselt õiguse mõistega ühendamatu ei ole ei üks ega teine lahenduse seisukoht, ei nõusolu relevantsti eitamine ega jaatamine, vaid et vastus nõusolu probleemile KrS seisukohalt ripub KrS normest.

Mis puutub eriti kehavigastustesse, siis kehtib nende kohta kõik see, mis üldiselt on öeldud nõusolu probleemi lahendamise kohta seadusandluses. Need vähesed positiivsed õigused, mis sisaldavad üldisi norme nõusolu relevantsti kohta,

1) Vrdl. Kessler, Einw., 7; Bar, Gesetz u. Schuld III, 51; Kiehl, Goldt. Arch. 54, 358; Mezger, Lehrb., 215 j.t. Erandina Saksa RG arvestab teataval määdul oluliseks nõusolu kehavigastuse puhul siis, kui küsimuses on arstlik operatsioon. Vrdl. Kiehl, Goldt. Arch. 54, 359. Arvestab ka Saksa RG nõusolu õigusvastasust kõrvaldava alusena siiski teotamise korral. Vrdl. Hippel, Deutsch. Strafr. II, 244.

2) Näit. Norra seadustikus. Aga ka meie KrS võib selle kohta leida küllalt näiteid. Olgu märgitud ühelt poolt vägistamine või vägivald, teiselt poolt liiakasuvõtmine ja tapmine.

võimaldavad sellel alusel probleemi lahendamist ka kehavigastuste korral. Sealjuures teevad mõned seadustikud kehavigastuste korral erandi üldisest reeglist.¹⁾ Teistest seadustikest sisaldab Norra seadustik kehavigastuste kohta iseseisva normi, mille kohaselt nõusolu kõrvaldab õigusvastasuse, välja arvatud rasked kehavigastused ja kehavigastused sihiga hoida kõrvale sõjaväeteenistuse kohustusest.²⁾ Viimase sisulise normi kehavigastuste kohta sõjaväeteenistusest vabanemise sihiga sisaldavad ka paljud teised seadustikud, muuseas ka meie KrS.³⁾ Sellejuures lähevad mõned seadustikud veel kaugemale ja määritlevad, et nõusolu kaotab üldiselt ja alati kehavigastuste korral tähenduse siis, kui kehavigastus on sihitud kannatanu vabanemiseks mingist avalikust kohustusest.⁴⁾ Kuidas viimati loetletud seadustike seisukohalt aga teistel kehavigastuste juhtudel nõusolu hinnata tuleb, jääb seadustike poolt expressis verbis vastamata. Siingi peab vastuse andma kriminaalõigusteadus seadustike normide interpretatsiooni kaudu.

1) Nii näiteks inglise õiguses raskete kehavigastuste korral nõusolu ei kõrvalda õigusvastasust. Vt. Strafgesetzd.Gegenw I, 680 Vrdl. Gerland, V.D.A.T. II, 517. Teiselt poolt Portugali ja Brasiilia seadustikud, eitades üldiselt nõusolu relevantsi, tunnustavad nõusolu õigusvastasust kõrvaldavaks asjaoluks kergete kehavigastuste korral. Vrdl. Strafgesetzbung d.Gegenwart, I, 540; II, 178.

2) Norra 1902.a.sead. § 134, 235

3) KrS § 166 Nii ka Saksa StGB.. § 142; Hispaania sead. § 437; Prantsuse Code Pénal, §316. Vrdl. Gerland, V.D.A.T II, 513 j.j.

4) Nii Hondurase 1895 a.sead. § 414 ja osa Saksa osariikide seadustikke. Vrdl. Gerland, V.D.A.T II, 511, 516

3. peatükk.

Kriminaalõigusteadeuse seisukohtade areng.

Analoogiliselt ühtlase seisukoha puudumisele seadusandlustes nõusolu probleemi suhtes, on puudunud kindel valitsev vaade selles küsimuses ka kriminaalõigusteadeuses.¹⁾ Eriti reljeefelt torkab silma see muidugi töödes sarnaste õigusnormistikku- de alusel, kus seadusandluses küsimuse lahendus on jäänud otse- selt andmata.²⁾

Vaatlus selgitab, et nõusolu probleem on olnud diskussioo- ni aineks moodsas kriminaalõigusteadeuses enam-vähem akuutselt juba üle kahe sajandi. Selle ajaperioodi kestel on kaldunud probleemi käsitlevate autorite veated täielikust nõusolu tähen- duse eitamisest tema täieliku jaatamiseni üldisel kujul ja igal juhul, et lõpuks kõige viimase aja kriminaalõigusteadeuses kokku sulada teatavaks vahepealseks keskmiseks seisukohaks, mille kohaselt olenevalt käsitletavast süüteoist nõusolu rele- vants kord eitamist kord jaatamist leiab. Sellejuures on aga ka kaasaja sünkreetiliste teooriate kõikumised nõusolu toime piiride tõmbamisel nii avarad, et mingist kindlailmelisemast üldtunnustatud seisukohast ei saa juttu olla.

1) Et ilma vaadeldava küsimuse ajaloolise tekkimise ja arenemi- se ülevaata ei ole võimalik õieti hinnata kaasaja lahendus- vormeleid, märgib õieti Rosin, Vestn.prava 1899, 103.

2) Baseeruvalt sarnasele seadusandlusele, on alljärgnevas eri- ti peatatud Saksa kriminaalõigusliku literatuuri juures. Ühelt poolt on see tingitud allikmaterjali kättesaadavusest, teiselt poolt on õigustanud seda aga peale rikkaliku kirjan- duse olemasolu veel tõik, et meie ja Saksa seadusandluse kü- simuse lahendamiseks rakendamisele tulla võivad normid on väga sarnased.

On huvitav, et kõige esimesed tööd, mis uueaja kriminaal-õigusteaduses nõusolu probleemi vaatepiiri tõstavad, suhtuvad nõusolu toimesse eitavalt. Sarnaselt vastab ülesseatud küsimuse nõusolu tähenduse kohta esimesena Matheus¹⁾ ja sellejäarele enam või vähem temaga ühistelt lähtepunktidelt samuti eitavalt ka Leyser, Cremani, Quisdorp, Gmelin. Nendega liituvad 19.sajandi algupoolel veel Thibaut, Dabelov, Renazzi.²⁾ Sellejuures, nagu pea kõigi üldosalistes küsimustes, on siingi esialgu suunatud peamine rõhk probleemi lahendamisele tapmise korral, mille juurde nõusolu probleemis otsekohe liitub ka küsimus nõusolu tähenduse kohta kehavigastuste puhul, ja siit edasi hargneb alles üldiste printsiipide järeldamine ja püstitamine. Lahendusprobleemile neis varasemais töis on sõltuvaks tehtud aga alati üldise printsiibi leiutamisest. Vastavalt sellele ei tugine ka ükski mainitud autoreist positiivse õiguse normide süsteemata seletamisele, vaid kogu raskuspunkt on asetatud üldisele õiguse ja süüteo mõistele. Peamiste alustena endi eitavale suhtumisele nõusolu tähendusse on toodud ette nende autorite poolt mitmeid momente. Nii on väidetud, et ainult teatavail juhtudel on seaduse järele süüteo mõiste kohaselt nõuetav toimimine vastu kannatanu tahet. Ülejäänud juhtudel pole see oluline. Nii näitena teise isiku tahtlik surmamine jääb

1) Matheus, Commentarius de criminibus, 1715.a.Vrdl. Honig, Einw., 5.

2) Vastavad tööd ülalnimetatud autoreilt on ilmunud autorite loetelu järjekorras 1740, 1779, 1783, 1785, 1802, 1807, 1826. Eelõeldu kohta vrdl. Honig, Einw., 5, 178-184; Ullmann, GS.37, 535; Klee, Goldt.Arch.48, 151; Rosin, Vestn.Prava 1899, lhk.105.

tapmiseks, vaatamata, kas surmatu üldse võimeline oligi tahet avaldama. Sellest on järeldatud, et nendel viimati märgitud juhtudel kannatanu tahe süüteo mõiste seisukohalt oluline ei ole, mis peab tähendama siis aga ka seda, et kui tahe ka suunatud on teo toimumisele, see relevantsi evida ei või.¹⁾ Samuti on rõhutatud, et süüteo mõistest ei järgne ka, et üldiselt ja igal juhul süüteoga kannatanu subjektiivne õigus rikutud saama peaks. On see aga nii, siis järgneb sellest, et süüteo mõiste kohaselt süüteo olemasoluks oluline ei ole, kas subjektiivse õiguse rikkumine aset leiab või mitte. Selletõttu, kuigi õige on, et nõusolu korral kannatanu subjektiivne õigus rikutud ei saa, ei järgne sellest teo süüteks mitteamarvamine, mis lubab lõppjärelduse, et nõusolu ei evi tähendust teo süüteks arvamisel või mitteamarvamisel. Erandina võib nõusolu selle tähenduse evida ainult siis, kui vastava süüteo mõiste kohaselt on nõuetav subjektiivse õiguse rike.²⁾ Veel on toodud ette, et kriminaalõiguse avalikõiguslik loomus ei võimalda kannatanu nõusolule, kui ühe eraisiku tahteaktile tähenduse omistamist süüteo õigusvastasuse vaatekohalt. Avalik võim, tunnustades teo süüteks, on loonud suhte enda ja teo toimepanija vahel, mille õiguslikku seisundit ja toimet ei saa enam muuta ühe kõrvalseisja üksikisiku tahteakt.³⁾

1) Nii Matheus, vrđl. Honig, Einw , 5.

2) Nii Thibaut, vrđl. Honig, Einw , 6.

3) Nii Dabelov, hiljem ka Geib. Vt Honig, Einw , 6; vrđl.ka Klee, Goldt.Arch. 48, 203.

Nendest põhjendustest esimene põhjendus on vastuolus teesiga nõusolu täielikust irrelevantsi, mida ta tõendama pidi. Kui siiski teatavalt juhtudel süüteo mõiste kohaselt on nõuetav toimimine vastu kannatanu tahet, siis järgneb sellest, et vähemalt nendel juhtudel nõusoluga teoks selle teo süüteks arvamise võimatuks osutub. See tähendab aga seda, et nendel "teatavatel juhtudel" on siiski nõusolu relevantne ja ekslik oli algtees, et nõusolu üldiselt mingit tähendust ei evi. Selle järelreandmise on ka teinud terve rida järgnevaid autoreid, pehmendades karmilt eitavat suhtumist nõusolu tähendusse selles mõttes, et tunnustasid nõusolu relevantsi süütegude korral, millede teokoosseisuks on oluline invito laeso.¹⁾ Selle vaatekohtade arengu kaudu muutus suhtumine nõusolu tähendusse juba teataval määral erinevaks, olenevaks sellest, missugune on positiivses õiguses ühe või teise süüteo määritlus. Siiski - niivõrd kui vaatlusse tuleks nõusolu mitte teokoosseisu vaid ainult õigusvastasust kõrvaldava alusena, jääb ka viimati nimetatud pehmenetatud seisukoha järele nõusolu toime täiesti eitatuks.²⁾ Et iseendast positiivses õiguses nõusolu probleemi lahendus nii antud võib olla, et teokoosseisu analüüsiga selle tähendus selgub ja ülejäänud juhtudel temal mingit tähendust olla ei pruugi, see oleks täiesti mõeldav. Et see nii aga olema peaks üldise reeglina ja et teokoosseisus nõusolu relevantstile mitte-

1) Nii Bauer (1825), Hepp (1827), Jarcke (1827), Marezoll (1841), Temme (1853), Bochlau (1857), Wessely (1858). Vt. Honig, Einw., 7 j j, 178-184.

2) Uuematest autoritest on sarnase lõppseisukoha omaks võtnud Breithaupt Vrdl. Honig, Einw., 9.

viitamine lubaks järeldada nõusolu tähenduse eitamist õigusvastasust kõrvaldava alusena, see näib põhjendamatu, sest õigusvastasuse probleem on iseseisev ja võib laheneda ka iseseisvalt. Samuti ebakindlaks osutus hilisemate vastuväidete valgusel tuginemine kriminaalõiguse avalikõiguslikule loomusele, kui nõusolu tähenduse eitamist võimaldavale alusele. Võrdlev õigusteadus võis näidata, et kriminaalõiguse avalikõigusliku loomuga on küllalt sobiv kannatanu nõusolu efektiivsust jaatav seisukoht.¹⁾ Samuti on iga õiguskorra piirides võimalik näidata süütegusid, millede puhul teo süüteks arvamine on sõltuvaks tehtud nõusolu puudumisest.²⁾

Kõigist neist väiteist ajaliselt varasemate nõusolu probleemi käsitavate teooriate vastu erilise kaalu evisid aga seisukohad, mis ründasid teesi, et nõusolu irrelevantis järgneb subjektiivse õiguse rikke olutusest süüteo mõiste vaatekohalt. Kui vastuväited teistele teesidele võimaldasid ainult teatavas piires korrigeerida algväidet nõusolu irrelevantsi kohta, siis väited subjektiivse õiguse rikkumise oluliseks tunnustamise kasuks tõid kaasa täie pöörde põhiseisukohas. Seisukoht, mis rõhutas, et süüteo oluliseks elemendiks, tema *conditio sine qua non* on subjektiivse õiguse rike, pidi loogiliselt jõudma lõppteesile, et nõusolu on üldiselt ja alati teo süüteks arvamist takistavaks aluseks. Sest kuidas ka subjektiivset

1) Nii Inglise asumaade koodeksites, sama ka Norra 1902.a.seadustikus, vt.eelpool lhk.26, 28.

2) Vrdl. ka Hippel, Deutsches Strafr.II, 243.

õigust defineerida, ikka jääb tema essentsiaaliaks teatav tahta tohtimine, tahtevõimalus, õigustus oma tahte teostamiseks.¹⁾ Ja teiselt poolt nõusolu paratamatult mõisteliselt viib seisukorrale, et see isikuline õigustuse sfäär antakse vabaks, tehakse tahtlikult võimaldatuks teise isiku teo sissetung sellesse sfääri. Nendel komponentidel on loogiline eitada subjektiivse õiguse rikut nõusolu korral. See tähendabki aga seda, et nõusolu korral tegu lakkaks olemast süütegu.²⁾ Koolkond, kes esitas neid mõtteid, võis väita julgelt nõusolu relevantsi üldise põhimõttena ja igal juhul,³⁾ sest nõusolu puhul oleks subjektiivne õigus, mis teise isiku tegevuse suhtes kaitstuks on tunnustatud, selle õiguse subjekti enda poolt derelingeeritud, mistõttu võimalik ei ole seda teise poolt rikkuda.⁴⁾ Selle teooria juriidiline konstruktsioon on veatu, kuivõrd ainult on tabatud õieti tema põhitees, et iga süüteo objektiks on subjektiivne õigus. Et aga just see süüteo objekti määratus väär oli, seda selgitati õige pea. Õieti juba kõikide nende autorite endi poolt, kes siin käsitletud kaalutluste kokkuvõttena nõusolu relevantsi üldisel reegli näol jaatasid,

-
- 1) Vrdl.näit.Roedenbeck, Zweik., 32: "Das subjektive Recht ist nicht anders, als die der Person vom objektiven Rechte eingeräumte Herrschaft ihres Willens über ein Objekt. Vt. ka Hippel, Deutsch.Strafr.I, 11; Somló, Jur.Grundlehre, 470 j.j.; Honig, Einw., 45.
 - 2) Vt. lähemalt Honig, Einw., 9, 21 j.j.; Klee, GS.48, 192. Vrdl. Roedenbeck, Zweik., 32: "Niemand kann wider seinen Willen ein subjektives Recht haben." Kui aga Roedenbeck sellest järeldab, et see on sama õelda, et keegi ei saa omada õigusvara vastu tahtmist, siis on see hoopis vaieldav. Esimene tees järgneb üldtunnustatud subjektiivse õiguse mõistest, õigusvara mõiste ei eelda aga tingimata õigussubjekti tahet, vaid positiivse õiguse normi ja sellepärast ei järgne õigusvara mõiste korral tahte puudumisest õigusvara mõisteline võimatus. Vrdl. ka Holer, Einw., 90.
 - 3) Üksikuid autoreid sellest voolust oleks: Stübel (1805), Tittman (1806), Henke (1823), Wächter (1823), Martin (1879), Seeger (1858). Vrdl.Honig, Einw., 10, 178-184; Klee, Goldt.Arch. 48, 192.

... lähemalt käsitavad Honig, Einw.,

tehti seda teatava reservatsiooniga.¹⁾ Nimelt väideti, et kui-
gi subjektiivse õiguse rikkumine nõusolu puhul võimatu on ja
sellega koos nõusolu korral õigusrikkest juttu olla ei saa,
tuleb siiski mõeldavaks pidada, et seadus sarnaselgi korral
tegu karistatavaks tunnustada võib. Viimasel juhul nõusolu
õigusvastasust kõrvaldava toime tõttu ei saaks aga mitte kõnet
olla teo arvamisest süüteks, vaid ainult kui politseidelik-
tist.²⁾ Et viimane seisukoht ainult näiliselt võis püsima
jätta üldreeglit nõusolu relevantsist on selge nüüd, kus as-
jatuks on osutunud kõik katsed, teha mingit mõistelist või
sisulist vahet süüteo ja politseidelikti vahel.³⁾ Omaaja
kriitikale nende üldiselt nõusolu relevantsi jaatavate teoo-
riate suhtes osutus tähtsamaks aga tees, et mitte kõik sub-
jektiivsed õigused ei ole vöörandamatud, vaid et nendes tu-
leb teha vahet vöörandamatute ja vöörandatavate vahel. Sel-
le vaheteo algmõtteid on leitud juba Mattheuse juures, 19 sa-
jandi esimese poole ja isegi veel hilisemate autorite juures
kaldub aga kogu raskuspunkt selle küsimuse vastamisele.⁴⁾ Ja
kriminaalõigusteaduses valitseva filosoofilis-spekulatiivse
meetodi tõttu sai selles kriitikas pidepunktiks idee loodus-

1) Vrdl. Honig, Einw., 9.

2) Vrdl. Honig, Einw. 9, 10; Klee, Goldt. A. 48, 194; Rosin, Vestn.
Prava 1899, 108.

3) Mezger, Lehrbuch, 6, 7; Hippel, Deutsch. Strafr. II, 118.

4) Anglo-Saksi õiguse common law baseerub praegugi oma seis-
kohavöttudes nõusolu tähenduse kohta vaadetele, kas üksik-
juhul on tegu õiguste rikkumistega, mida kui "alienable
rights" või "inalienable rights" kvalifitseerida võib.
Vrdl. Honig, Einw. 3.

õigusest. Viimase postulaatidest peeti järeldavaks, et isik õigussubjektina ei ole võimeline loobuma kõigist oma subjektiivseist õigusist, vaid ainult osast nendest. Esimese liigi moodustavad sarnased subjektiivsed õigused, mis kujundavad õiguse subjekti olulisi elemente ja need on võõrandamatud.¹⁾

Võõrandamatus tähendab aga seda, et isik ei ole õigustatud ette võtma akte, mis neid subjektiivseid õigusi hävitaks. Nõusolu probleemi seisukohalt tähendaks see seda, et nõusolu sarnaste subjektiivsete õiguste rikkumiseks tähenduseta jääks ja tegu nõusolule vaatamata karistamisele kuuluda võiks. Lõppresultaadis tähendaks see seisukoht aga seda, et nõusolu relevanti probleem üldiselt ja ühtlaselt lahendatav ei ole, vaid erineva lahenduse saab sõltuvalt sellest, kas tegemist on võõrandamatu või võõrandatava õiguse rikkumisega. See tees oli saavutuseks, mille võidule aitasid sarnased nimekad autorid kriminaalõigusteaduses, nagu Feuerbach, Luden, Hälschner, Berner.²⁾ Kõigi nende autorite hinnatavaks saavutuseks tuleb pidada seda, et nüüdsest peale põhimõtteline probleem, kas nõusolul on üldse tähendust süüteo mõistele, muutus probleemiks, missuguses ulatuses on nõusolu relevantne. Äärmiste seisukohtade kriitika sundis järeldusele, et kui nõusolul ei ole alati karistust kõrvaldavat toimet, teiselt poolt aga kindel on ka, et alati ei ole ta irrelevantne,³⁾ siis järg-

1) Vrdl. Honig, Einw., 12; Klee, Goldt. Arch. 48, 192.

2) Veel samadel seisukohtadel Grolmann, Rosshart, Schaffrath, Abegg, Loening j.t. Vrdl. Honig, Einw., 11 j.j.; Binding, Grundriss, 186.

3) Seda tõendasid juba need autorid, kes juhtisid tähelepanu nõusolule teokoosseisu elemendina. Vt. eelpool lhk. 39

neb sellest, et nõusolu võib olla relevantne, kuid ainult teatud piires. Edasine väide aga, et nende piiride tõmbamine on teostatav subjektiivsete õiguste jagamisega võõrandamatuiks ja võõrandatavaiks osutus ekslikuks. Juba filosoofilis-spekulatiivne meetod oma tuginemisega mõistuspärasele loodusõigusele tingis selle. Selle meetodi kasutamine sundis lahendusele, mis oleks ühtlane kõigile õiguskordadele, ent tõeliselt olid eri õiguskordade seisukohad väga lahkuminevad.¹⁾ Ja üldtunnustatud loodusõiguslikud tõed osutusid niivõrd muutlikeks, sõltuvalt nende käsitleja arusaamast, et järeldused sarnastest eeldustest ei saanud olla eriti veenvad. Nõusolu küsimuse lahendamisel viis see selleni, et olenedes sellest, kuidas keegi mõistis võõrandamatut subjektiivset õigust, tuli piiritleda nõusolu relevantsi ulatust. Mida aga pidada võõrandamatuiks subjektiivseiks õigusiks selles läksid arvamised lahku,²⁾ mis väga selgesti näitas, et need n.n. üldkehtivad loodusõiguslikud tõed olid tavaliselt ainult nende käsitleja enda poolt leiutatud tõed.³⁾ Lõpuks oli uue positiivsest

1) A priori püstitatud teesid loomulikult ei pruukinud kokku langeda positiivse õigusega ja tõeliselt ei jäänud ka vastuolud ilmnemata. Nii Kessler oma seisukoha õigustuseks oli sunnitud väitma, et ennemini tuleb eeldada seadusandja vastuolu iseendaga kui teoreetiliselt õigeks peetava postulaa-diga. Vt. Kessler, Einw., 80. Vrdl. Rosin, Vestn. Prava 1899, lll. Huvitava illustratsioonina vt. näit. Roedenbeck, Zw., 38: "Bei jeder Tötung, bei jeder Körperverletzung wird also durch die Einwilligung des Verletzten die Rechtswidrigkeit der Handlung von vornherein ausgeschlossen." Ja siis edasi: "Es bleibt nun noch übrig, die Stellung des positiven Rechts zu diesem Grundsatz zu erörtern." Seda viimast on siiski tarvis sellepärast, et üldine nõusolu relevantsi printsiip kehtib siiski ainult niivõrd "sofern das Gesetz nicht ausdrücklich ihre Strafbarkeit festgesetzt hat."

2) Nii näiteks Feuerbach pidas võõrandamatuks ainult subjektiivset õigust elule, vastupidi näit. Köstlin pidas võõrandatavaiks ainult varalisi õigusi. Vrdl. Honig, Einw., 11 j.j.; Rosin, Vestnik Prava, 106, 107; ka Roedenbeck, GS. 37, 125.

3) Vrdl. Nagler, Rechtsw., 75; Rosin, Vestn. Prava 1899, lll.

õigusest lähtuva ja temalt baseeruva meetodi võidulepääs see, mis teaduslike põhjendustega õigustas kõrvaldama spekulatiivse käsitlemise ka nõusolu probleemi juures. Sellekohaselt ei ole mingit loodusõigust, vaid on ainult positiivne õigus.¹⁾ Kui üldse rääkida saab mingeist üldtunnustatud printsiipidest, siis on need äärmiselt kõlbelise ülalpidamise reeglid. Aga veel enne tähelepanu keskendamist metoodilisele eksitusele, leidis aset rünnak nõusolu probleemi käsitlemises seisukohale, et lahenduse võti seisab süüteo objektiks olevas subjektiivse õiguse mõistes. Kessler, kes ise sugugi vaba ei olnud loodusõiguslikust käsitlemisviisist ja omagi ülesehitavaid teese rajas a priori printsiipidele,²⁾ tõstis üles küsimuse, kas ongi üldse süüteo objektiks subjektiivne õigus ja eitas seda. Kesslerist peale võib arvata lõplikult ekslikuks tunnustatuiks kõik need teoorid, mis nõusolu probleemi lahenduse rajavad subjektiivse õiguse mõistele.³⁾ Kessler ise väitis, et subjektiivse õiguse asemel on ühtlaseks ja üldiseks süüteo objektiks kannatanu interest. See võimaldas Kessleri väitma, et kuna nõusolu korral interest puudub, nõusoluga vastav isik oma interestist loobub, sellega oma huvi olematuks teeb, siis on võimatu nõusolu puhul süütegu. Teisiti tähendaks see seda, et nõusolu on ka Kessleri vaatekohast

1) Vrdl. Bar, Gesetz u. Schuld III, 57; Gerland, V.D.A.T. II, 493; Hartwig, GS. 82, 308, 309. Ka Ullmann, GS. 37, 530. Metoodilisi lähtealuseid on lähemalt käsitlenud E. Wolff, Strafrechtliche Schuldlehre, 117 j.j.; Schwinge, Teleologische Begriffsb., 19 j.j.

2) Vrdl. Honig, Einw., 18.

3) Vt. Mezger, Lehrbuch, 197; Hippel, Deutsch. Strafr. II, 86, 87; Nagler, Rechtsw., 26 j.j.

alus, mis üldiselt teo süüteks arvamise teeb võimatuks.¹⁾ See mõttekäik on veenev niivõrd, kui saab tõeks pidada, et interress nimelt kui individuaal-psüühiline element, kui teatav psüühiline elamus on süüteo objektiks.²⁾ Valitsev teooria ei ole seda õigeks pidada saanud. Selle seisukohaga ei oleks ühendatav vaieldamatult esinev nähe, et õigusnormide kaudu sageli kaitset saavad huvid ja väärtused täiesti sõltumatult üksiku tahtest ja tihtigi otseselt sarnase tahte vastu. Kaasaja põhjendatud tõekspidamiste kohaselt on süüteo objektiks õigusvara,³⁾ või kui sellena on nimetatud interressi,⁴⁾ siis on interress mõistetud läbilõike interressina, mis on ainult sünonüümiks õigusvarale.⁵⁾ Näitena selle seisukoha kasuks olgu viidatud ainult liiakasuvõtmise süüteo. Raha laenuks võtja võib eriliste teenimisvõimaluste tõttu tõeliselt tunda päris enda väga olulise interressina, kui ta teatud rahasumma laenuks võtta saab 10% intressiga. Ometi on see tegu KrS § 574 alusel kvalifitseeritav süüteona. Sellest nähtub, et normi andmise motiiviks võib küll pidada huvide kaitsmist, sellest ei järgne aga, et iga konkreetne normi rikkumine peaks endas ka kindlat interressi riket sisaldama. On küllaldane, et sarnane normi vastane käitumine rikub või ohustab õiguslikult üldkuul hüveks tunnustatud seisundit. Süüteo objekti käsitus

1) Vt. Kessler, Einw., 1 j. j. Nii ka Roedenbeck, GS. 37, 134; Klee, Goldt. 48, 205. Väga lähedal Kesslerile seisab ka Pfersdorf, kuid Pfersdorf hoidub Kesslerile omastest a priori teesidest. Vrdl. Honig, Einw., 17, 18; Dohna, Rechtsw., 144.

2) Vt. Mezger, Lehrb., 198; Honig, Einw., 17.

3) Vt. ülevaade Hippel I, Deutsch. Strafr., 10 j j

4) Mezger, Lehrb., 198, Liszt-Schmidt, Lehrb., 4.

5) Mezger, Lehrb., 199, 200: "Rechtsgut nennen wir den Zustand, an welchem das vom Rechte berücksichtigte Durchschnittsinteresse besteht." Vrdl. ka Zittelmann, Arch. Ziv. Prak. 99, 18.

õigusvarana ei ole iseendast aga enam mingiks võtmeks nõusolu probleemi lahendamisel.¹⁾ Mis on tunnustatud õigusvaraks, sõltub objektiivse õiguse normest,²⁾ mis üksi suutelised on määritlema, kas teatud õigusvara antud õiguskorras kaitstud on ainult nõusoluta toimuvate tegude vastu, või ka nende vastu, mis toimuvad vahetu teost kannatanu nõusolles. Järeldus sellest on, et kogu probleemi lahendamise raskus langeb ära süüteo objekti mõistelt positiivse õiguse määritletusile. Selles lõppjäreluses ühineb varemate teooriate kriitika, mis lähtub loodusõigusliku meetodi eitamisest nende kriitiliste hinnangutega, mis ärateenitult osaks sai süüteo objekti käsitlus subjektiivse õigusena. Võib kinnitada, et alates 19.sajandi viimasest veerandist on kriminaalõigusteaduse põhivara ka nõusolu probleemi käsitlemisel, et vastuse otsimine ja leidmine selles küsimuses positiivsest õigusest ja ainult positiivse õiguse pinnal aset leida võib.³⁾

Sellest üldtunnustatud ja ka meie poolt omaksvõetavast seisukohast sõltub aga, et positiivsete õiguskordade erineva konstruktsiooni ja sisu tõttu on võimatu püstitada mingit üldkehtivat nõusolu probleemi lahendavat printsiipi⁴⁾ ja ainukene lahenduse leidmise võimalus on lähtumine teatavast ühest õiguskorrast. Meie probleemi seadmise seisukohalt on

1) Vrdl.R.Schmidt, Verantw.d.Arztes, 53: "Vom Standpunkt dieses objektiven Güterschutzes aus wird aber der Interessensstandpunkt des Gutsträgers gleichgültig."

2) Vrdl.M.E.Mayer, Lehrb.,22: "Wer wissen will, welche Güter Rechtsgüter sind, muss das geltende Recht studieren."

3) Põhjapanevalt Binding, Handb., 709 Vrdl.Hartwig, GS.82, 308; vt.ka Bar,Gesetz.u Schuld,III, 57; Gerland, V.D.A.T. II, 493; Liszt-Schmidt, 157; Honig, Einw.,18; Metz, Einw.,6 j.t.

4) Loomulikult ei anna teisi tulemusi ka seisukoht, et süüteo objektiks võib olla kord subjektiivne õigus, kord interest, kord õigusvara. Vt. Honig, Einw , 44, 76. Vrdl.Schwinge, Teleol.Begriffsb., 31.

selleks Eesti kehtiv õigus Järelikult ainult meie kehtiva positiivse õiguse läbitöötamine võib anda vastuse

Lahenduse raskuspunkti lükkamine positiivse õiguse normide sisule tähendab aga seda, et üldist lahendavat vormelit nõusolu probleemi vastamiseks olla ei pruugi ka ühe õiguskorra piires. Kuigi see mõeldav on vastava üldosalise või ka eriosaliselt selguva üldise normi kaudu, on hakanud moodsas kriminaalõiguses ikka enam juurduma vaade, seisukorra tõttu, et üldosaline norm puudub, eriosaline lahendus aga üksiksüütegude puhul tavatseb risti vastupidine olla, iga üldise vormeli püstitamise püüe osutub asjatuks katseks ja ainult üksikute süütegude loomu kohaselt nende piirides saab nõusolu probleemile vastuse anda.¹⁾ See ei tähenda muidugi, et kaasajal üldse puuduksid autorid, kes lahendust otsivad üldiste printsiipide püstitamise abil. Võib koguni väita, et just kaasaja kriminaalõigusteaduses on jällegi tugevalt juurdumas vaade, mis küsimuse lahendamisel üldistele lahendusvormelitele olulist tähendust omistada püüab.²⁾ Tähele panema peab siiski, et sellejuures sarnasel viisil lahenduse leidmine huvialusele küsimusele on mõeldud ainult subsidiaarsena.³⁾ Vastavate autorite seisukoht kokku võttes on, et kuna nõusolu probleemi vastamisel positiivse õiguse üksikmääritluste alusel väga suured kontravärsid või-

1) Vt. Bar, Gesetz u Schuld, III, 53, 54, 56; Merkel-Liepmann, Lehre u. Verb., 490; Meyer-Allfeldt, Lehrb., 142; Honig, Einw., 19; Liszt-Schmidt, Lehrb., 157; M.E. Mayer, Lehrb., 289; Lobe, Leipz. Kom. 46; Hippel, Deutsch. Strafr. II, 243; Yoski, Einw., 7: "Die Aufstellung allgemeiner Prinzipien kann bei der Verschiedenartigkeit der verschiedenen Delikte nicht zum Ziele führen." Vt. ka Rosin, Vestn. Prava 1899, 118.

2) Vt. Dohna, Rechtsw., 141 j. j.; Mezger, GS. 89, 272; Liszt-Schmidt, Lehrb., 26 Aufl., 218; Holer, Einw., 90, 91.

3) Vrdl. Dohna, Rechtsw., 143: "Wo das Gesetz uns freie Hand lässt, müssen wir versuchen, einen einheitlichen Gerichtspunkt zu gewinnen. Vrdl. ka Hippel, Deutsch. Strafr. II, 243.

malikud on, siis tuleb siingi määrav tähendus anda seisukohale, kas antud juhul loobumine õiguslikust kaitsest ja vastava huvi vabaksandmine võib olla õigustatud ühiskonna korralduse lõpliku sihi seisukohalt.¹⁾ Nii vastuse leidmise võimalusena sarnase vaatepunkti omaksvõtmine tõstab paratamatult üles lähtumise õiguskorra üldisest mõttest ja sihist.²⁾ Sellega oleks nihutatud raskuspunkt õiguslike mõistete teleoloogilise tunnetamise pinnale ja sellest ilmnevalt õigusvastasuse materjaalsest sisust jääks sõltuma ka küsimus nõusolu tähendusest. Võib tunnustada, et üldiselt õigeks pidada tuleb, et õiguse kui teatava elukorralduse normimise nähte korral sihi või otstarbe mõistet arvestama peab. On päris loomulik, et õigus kui teadvuses kujunev hinnang mingi sihi või otstarbe poole suunatud on.³⁾ Selle tõttu peab olema ka päris õigustatud, kui selle sihi kaudu õiguslike mõistete sisu tunnetamisele lähemale pääseda püüame.⁴⁾ Arusaadavalt muidugi see õiguskorra siht, millega sarnastel alustel arvestada võiksime, peab olema mitte mingi a priori püstitatud õiguse ideest tulenev siht, vaid antud positiivsele õiguskorrale immanentne siht.⁵⁾ Just viimase väljaselgitamine tekitab aga ülesamatuid raskusi. Pole ju kusagil õiguskorras otseselt loetletud aluseks olevad printsiibid.⁶⁾ Ja kui see nii olekski, tuleks tõsiselt arvestada nende tugevate muudatustega, mis iga üksiku normi muutmisega kogu õiguskorra põhimõtted läbi teha võivad. Ja kui arvesse võtame, et uuemais uurimisis on julgelt väidetud, et lõppsihi kohta ratsionaalsel teel üldse vastust ei saa ja siin mitte

1) Vrdl. Dohna, Rechtsw., 147.

2) Vt. ka Hippel, Deutsch.Strafr II, 243

3) Nii Schwinge, Teleol.Begriffsb., 22 Vrdl.Finger, GS.40, 139: "Alles Recht ist Zweckinstitution."; ka Liszt-Schmidt, Lehrb., 26. Aufl., 4: "Der Zweckgedanke ist die das Recht erzeugende Kraft." Vrdl. ka Honig, Einw., 61, 92; Sauer, Grundlagen, 263.

4) Vrdl. Nagler, Rechtsw., 113: "Der Zweck mag aus der Naturauffassung verschwinden, aber er bleibt lebendige Macht im sozialen Leben."

5) Vrdl. Mezger, Lehrb., 204. Vrdl. ka E. Wolf, Strafr.Schuldlehre, 117.

6) Vrdl. Bar, Gesetz u. Schuld III, 5: "Die Kenntnis der Endziele der sozialen Gemeinschaft steht nicht fest." Vrdl. ka Kelsen, Reine Rechtslehre, 32: "Auf die für das Recht spezifische Weise kann jeder beliebige soziale Zweck verfolgt werden."

tunnetus, vaid millegi tõekspidamine määravaks jääb,¹⁾ siis ilmneb liigse selgusega pinna kõikuvus, millele eeltähendatud meetodiga baseeruma peab. Päris põhjendatult on väidetud, et sarnasest lähtealusest küsimus, mis antud juhul on õigusvastane või õiguspärane, päris tahtmatult vastuse leiab aluselt, mis õigusvastane või õiguspärane olema peaks.²⁾ See seaks aga küsimuse vastamise sõltuvaks täiesti subjektiivseist tõekspidamisist.³⁾ Sarnane vastus poleks aga enam objektiivne tõe positiivse õiguse alusel. Selletõttu võib teleoloogilist meetodi ja sellest tulenevaid määratlusi õigusvastasuse materiaalse sisu kohta pidada põhimõttelt küll õigustatuks, seda ei saa aga pidada küllalt eksaktseks baasiks edasistele järeldustele seni, kuni pole veenvalt tõendatud uuritava õiguskorra teleose määratlus⁴⁾ Sest kuni on selgusetus eelduseks olevas mõistes, ei või omistada objektiivset väärtust sellest mõistest tuletatavale. Pealegi kõige paremalgi juhtumil võiks sarnastel teedel saavutatud üldreegel niisuguse eriprobleemi korral, nagu on seda nõusolu probleem, anda ainult piirid, mille ulatuses nõusolu relevants küsimusse võiks tulla, mitte rohkem.⁵⁾ Sest kui ulatuslikult ka ei püstitata printsiipi organiseeritud ühiskonna, riigi üldhüve määravast tähendusest⁶⁾ või vastupidi üksiku ühiskonna liikme huvi kaitsest

1) Vt. Radbruch, Rechtsphil. 9: "Sollensätze sind nur durch andere Sollensätze begründbar und beweisbar. Eben deshalb sind die letzten Sollensätze unbeweisbar, axiomatisch, nicht der Erkenntnis, sondern nur des Bekannntnissen fähig." Vrdl. ka Kelsen, Reine Rechtslehre, 15.

2) Vrdl. Rich. Schmidt, Arzt Oper., 2.

3) Vrdl. Nagler, Rechtsw., 84: "Die Revolte endet mit der Suprematie des Richters."

4) Vrdl. M.E. Mayer, Lehrb. 180.

5) Vrdl. Honig, Einw., 130.

6) Vt. E. Wolf, Strafr. Schuldlehre, 116.

ui õiguskorra sihist,¹⁾ ikka jääb see paratamatus, et vastalt olukorrale ja tingimusile õigusnormid ka teise komponendi huvisid arvestama peavad ja arvestavad. Nii pea aga kui viimane tõeks osutub, ei järgne midagi enam ühtlasest printsiibist, vaid sellest ulatusest, milles see printsiip rakendatud on. Kokku võttes tingib see kõik selle, et meie edaspidises dogmaatilises käsitluses kõrvale jätame kõik võimalused õigusvastasuse materjaalsest sisust lahendust leida ja kaotleme vastuse leidmist meie küsimusele ainult formaal-loomulise meetodi abil.²⁾

Kõik need erinevused, mis üksikute autorite seisukohtades on ilmnenu nõusolu tähenduse kohta üldse, on veel eriliselt rõhutatult ilmnenu vaadetes nõusolu tähendusele kehavigastuste korral. Võib õigustatult väita, et peamised vaadete kokkupõrked kogu probleemi käsitluses on olnud ikka just küsimus, kas nõusolu nimelt kehavigastuste puhul võib relevantseks lugeda või mitte. Kogu uuemaaja kestes on see probleem olnud vaieldav. Kaasaja õigusteaduses võib eraldada kolme selget voolu. Ühelt poolt autorid, kes peavad õigeks, et nõusolu relevantsi ei tule tunnustada põhimõtteliselt ja kunagi kehavigastuste korral.³⁾ Teiselt poolt terve rida autoreid väidab risti vastupidi, et nõusolu kõigi kehavigastuste

1) Vrdl. Klee, Goldt. Archiv 48, 189.

2) Vrdl. Kiehl, Goldt. Arch. 54, 360, 367; Hartwig, GS. 82, 310; Traeger, GS. 94, 114.

3) Liszt-Schmidt, Lehrb., 324. Ka Breithaupt, Hälschner, Oppenhoff. Seda seisukohta hoiab kindlalt ka Saksa Riigikohus Vrdl. Hartwig, GS. 82, 324.

al tuleb arvata relevantseks.¹⁾ Ja kolmas vool tahab pida õigeks vahepealset seisukohta, mille kohaselt nõusolulendus oleks erinev sõltuvalt kehavigastuse liigist.²⁾ Kaalused üksikute seisukohtade poolt kaasaja õigusteaduses baseeruvad peamiselt positiivsetel normidel ja erinevuse alusel isab positiivse õiguse normide erinevas mõistmises. Lõpuks ningad autorid eitavad võimalust anda üldse vastust sellele küsimusele de lege lata.³⁾ Seda viimast seisukohta saab kõige vähem õigustatuks pidada. Kui küsimust seada nii, kas on nõusolu õigusvastasust kõrvaldavaks aluseks antud õiguskorraldis kohalt, siis tähendab see seda, et tõendamisele kuulub vähes, et nõusolu on sarnaseks aluseks. Kui selle tõendamine ei peaks õnnestuma, siis sellest iseendast järgneb nõusolu irrelevantsust õigusvastasuse kõrvaldamisel, ilma viimase lähema tõestamise vajaduseta.⁴⁾ Sest tõendamisele kuulub eriline õigusvastasust kõrvaldav alus, mitte iseendast süüteo teokoosseisule vastava teo õigusvastasus.

Eesti kriminaalõigusteaduses on nõusolu probleem laiemas ulatuses võõras. Eesti erialalises literatuuris on nõusolu küsimust käsitletud ainult K.Saarmann ja K.Matto Kriminaalseadustiku kommentaris ja H.Kadari poolt. Esimeste seisukoht on, et nõusolu on üldiselt õigusvastasust kõrvaldavaks alu-

1) Binding, Handb., 723; Kessler, Einw., 72, 78; Olshausen, Kom. II, 1012; Roedenbeck, GS.38, 47; Ullmann, GS.37, 542.

2) Vt.näit. Frank, Kom.83, 291.

3) Nii Gerland, V.D.A.T. II, 501; Löffler, V.D.B.T. V, 241. Vrdl. ka Kiehl, Goldt.Arch., 54, 363.

4) Nii ka Saksa Reichsgericht. Vrdl. Dohna, Rechtsw., 142; Gerland, V.D.A.T. II, 498.

seks.¹⁾ Erandina ei kehti see reegel tapmise korral. Kooskõlas sellega on eriliselt kehavigastuste puhul käsitletud nõusolu tähendust jaataval kujul.²⁾ Kahjuks ei ole Saarmann-Matto kommentari väga kokku surutud väljendusviis võimaldanud esitada neid väga huvipakkuvaid kaalutlusi, mis autoreid on viinud nendele lõpptulemustele. Põhjenduste osas lähemalt on käsitanud nõusolu probleemi H.Kadari, kuid peamiselt ainult kehavigastuste puhul.³⁾ H.Kadari seisukoht on, et nõusolu tuleb arvata kehavigastuste puhul õigusvastasust kõrvaldavaks aluseks, kuid teeb sellest erandi elukardetavate tervisriikete osas. Viimaste suhtes on H.Kadari seisukoht, et elukardetavate tervisriikete puhul nõusolu ei ole relevantne ja põhjendab seda erandit printsiibile, mis on tuletatav KrS § 426 kaudu ja mille kohaselt süütegudes elu vastu ei kehti printsiip volenti non fit injuria. Viimane argumentatsioon koos põhistustega nõusolu toime määritlemiseks kehavigastuste puhul, milleks H.Kadari kasutab süstemaatset tõlgendust KrS § 166 abil, laseb järeldada, et Kadari vaatekohalt peab nõusolu probleem lahenuma positiivsete õigusnormide sisulise analüüsi abil vastavalt iga üksiku süüteoliigi teokoosseisulisele erinevusele. See tähendaks üldisest printsiibist loobumist nõusolu probleemi lahendamisel. Selles ilmneb ka

1) Saarmann-Matto, Kom.2, 3.

2) Saarmann-Matto, Kom.218.

3) H.Kristal, Õigus 1935, 289 ja H.Kadari, Isikuvastased süüteod, 61, 62. Esimese töös on ainult vihjatud probleemile ja selle süstemaatilisele kuuluvusele õigusvastasust kõrvaldavate aluste probleemistikku.

sisuline vahe Saarmann-Matto ja Kadari seisukohtades nõusolu probleemi lahendamisel. Saarmann-Matto seisukohalt on küsimus lahendatav üldise printsiibi abil ja kohaselt, kuna Kadari lahenduse sõltuvaks jätab üksikute süüteo liikide kohta kohaldatavaist positiivse õiguse normest, mis mõistetavalt jätab probleemi lahendamisel avaramaid varieerumise võimalusi. Resultaatides niipalju kui see puudutab nõusolu õigusvastasust kõrvaldavat tähendust kehavigastuste puhul, on aga nii Saarmann-Matto kui Kadari seisukohad ühtuvad, et nõusolu on relevantne. Lahkumisevaks jääb autorite vahel ainult nõusolu toime elu ohustavate tervisriikete puhul.

Silmas pidades eeltsiteeritud autorite teoste suurt erikaalu akadeemilises õppetöös ja kohtupraktises, samuti ka seda, et vastuseisukohti avalikkuses esitatud ei ole, võib jõuda arvamisele, et teatavate kõikumistega on Eesti õigusteaduses üldtunnustust leidnud seisukoht, et nõusolu üldise reeglina on kehavigastuste puhul õigusvastasust kõrvaldavaks aluseks. Viimast väidet aitab kinnitada ka autoriteetsemaiks peetud Vene autorite analoogiline seisukoht, kelledest esijoonel võib märkida Tagantsevi. Üldiselt on mõeldav, et KrS mõistmiseks küsimustes, mille kohta Eesti kriminaalõigusteaduses vastav kirjandus puudub, võiks asendavalt kasutamisele tulla Vene U.N.S. käsitavad tööd. Seda selletõttu, et omalt sisult on Vene U.N.S. ja Eesti KrS väga lähedased.¹⁾ Kahjuks

1) Vt. KrS saamisloo ülevaade Saarmann-Matto, Kom.XXXII ja Kriminaalseadustiku eelnõu, 1925, 3-5.

ei ole aga ka Vene literatuuris eriti U.N.S. seisukohalt nõusolu probleemi suuremas ulatuses puudutatud.

Peamine seisukohavõtmine on Tagantsevi¹⁾ poolt, kusjuures Tagantsevi seisukoht ühtub U.N.S.seletuskirjas omaksvõetud seisukohaga.²⁾ Selle vaate järele nõusolu kõrvaldab üldiselt kõikide isikuvastaste süüteks arvatavate tegude õigusvastasuse. Erandina peab Tagantsev õigeks, et nõusolu ei kõrvalda õigusvastasust süütegude puhul elu vastu.³⁾ Kehavigastuste puhul kaitseb aga Tagantsev üldist seisukohta nõusolu relevantsi kohta.⁴⁾ Nii Tagantsevi kui ka U.N.S. seletuskirja põhjenduseks selleks on peamiselt see, et vastavad teod on U.N.S. järele keelatud vastavate eraisikute huvides. Niipea kui langeb ära selle kaitstava isiku huvi, lakkab olemast teatud subjektiivne õigus ja on ühtlasi selletõttu langenud ära ka teo õigusvastane iseloom.⁵⁾ Lähtudes nii probleemi lahendamisel üldiselt seisukohalt, et süüteo objekti loomus on määrava tähendusega nõusolu probleemi lahendamisele, Tagantsev siiski täiesti säilitab positiivse õiguse pinna, väites, et küsimuse lahenemine sõltub iga vastava süüteo objekti määratlusest, mille juures on viidatud süüteo teokoosseisu analüüsile.⁶⁾

1) Tagantsev, 1902, I, 491 j.j.

2) Objasniteljnaja Zapiska, 1895-1897, Tom VI, 79. Silmas pidades Tagantsevi tähtsat osa U.N.S. saamisloos ei ole see kokkulangemine aga üllatav, ei ole ka eriti veenvust tõstev. Õieti ei oleks ekslik väita, et U.N.S.seletuskirjas on omaksvõetud Tagantsevi seisukoht

3) Tagantsev, Russ.ugol.pravo I, 496 j.j.

4) Tagantsev, Russ.ugol.pravo I, 495.

5) Tagantsev, Russ.ugol.pravo I, 494 Objasn.zap, Tom VI, 95 j.j. Vrđl. Rosin, Vestn.Prava 1899, 110.

6) Tagantsev, Russ.ugol.pravo I, 494.

Oma resultaatides analoogilistele seisukohtadele Vene literatuuris on jäänud Nekljudov, Spasovič,¹⁾ Foinitsky²⁾

Erinevale seisukohale nõusolu relevantsi suhtes kehavigastuste korral on jäänud Sergievski ja Kistjakovski.³⁾ Nende vastupidiste seisukohtade peamine põhjendus seisab selles, et elu ja tervis on õigusvarad, mis ühiskonna seisukohalt on nii suure väärtusega, et selletõttu ei saa nende kaitse olla sõltuv üksiku isiku tahtest.⁴⁾

Nagu nähtub sellest ka Vene U.N.S. alusele baseeruvast literatuuris nõusolu probleemi tulipunktiks on küsimus nõusolu toime kohta kehavigastuste puhul ja lahendustes on siingi jäänud risti vastupidistele seisukohtadele.

1) Nekljudov ja Spasoviči kohta Vrdl. Tagantsev, Russ ogolov. pravo I, 496.

2) Foinitskij, Kurs ugolovnago prava, časjt osobennaja, 14, 68.

3) Vrdl. Tagantsev, Russugolovnoe pravo I, 496.

4) Sergievski, Posobie, 244. Vrdl. Tagantsev, Russ.ugol.pravo I, 496.

II osa.

Nõusolu toime Kriminaalseadustikus.

4. peatükk.

Süüteo teokoosseis ja nõusolu.

Kehtiv KrS nõusolu toimet korraldavat määritlust üldosas ei anna. Selles osas on KrS jäänud samale seisukohale nagu tema algmaterjaliks olnud Vene U.N.S.¹⁾ ja sarnaneb sellega ka enamikule teistele kaasajal kehtivaile kriminaalkodeksitele.²⁾ Ka ei sisalda KrS eriosas määritlusi nõusolu kohta sarnasel kujul, nagu näiteks teeb seda Norra 1902.a. seadustik ja missuguste määritluste kaudu oleks antud üksikute süütegude kaupa nõusolu tähendus üldreeglina ja sellest tehtavate eranditena.³⁾ Eelöeldu põhjal oleks aga varajane väita, et KrS ei anna mingeid otseseid sätteid kannatanu nõusolu tähenduse kohta. KrS üksikute normide lähem analüüs näitab otse vastupidist, nii et väita võib, et KrS järele nõusolu probleemi selgelt lahendab väga paljudel kordadel. Aset leiab see peamiselt süütegude teokoosseisude vastava konstruktsiooniga.⁴⁾ Missuguste süütegude puhul nõusolu resp. mittenõustumine on süüteo teokoosseisu oluliseks osaks, seda selgitab teokoos-

1) Vrdl. Tagantsev, Russ.ugol.pravo I, 498. Samane oli ka Vene 1845.a.Nuhtlusseadustiku seisukoht nõusolu probleemis. Vrdl.Rosin, Vestn.Prava 1899, 113.

2) Vt. eelpool lhk. 28.

3) Vt. eelpool lhk. 28, 29

4) Vrdl. Rosin, 113, vrdl.üldiselt ka Metz, 14; Gerland, V D.A.T II, 490. Seetõttu on päris õige kui Honig, Einw, 162 ütleb: "Das Problem der Einwilligung ist nicht nur eine Frage der Rechtswidrigkeit, sondern auch des Tatbestandes."

seisude sisuline analüüs. Silmas pidada tuleb, et mõõduandev on kogu vastava teokoosseisu struktuur ja mitte üksi nõusolu sõnaline märkimine vastava süüteo teokoosseisus.

Muidugi kõige vaieldamatum on nõusolu tähendus seal, kus nõusolu või selle puudumine on arvatud süüteo teokoosseisu elemendiks expressis verbis.

Sarnast laadi süüteo teokoosseise võib märkida naiseriisumise¹⁾ ja terve rea sugukõlvatute tegude korral.²⁾ Nendel juhtudel süüteo teokoosseisu sõnastus otseselt tarvitab väljendust, milles esineb tärmin nõusolu, või nõusolu puudumine. Olenevalt vastavast teokoosseisust sõltub siis, kas nõusolule on omistatud tähendust või mitte ja selle üle ei saa tekkida mingit vaieldust. Samasse kategooriasse tuleb arvata ka neid süütegusid, millede teokoosseisu sõnaline väljendusviis otseselt küll nõusolu tärmini ei tarvita, kus aga siiski teiste analoogiliste väljendustega on sõnaselgelt sama mõte edasi antud. Viimast liiki on näiteks vööra kirjasaladuse rikku-
mise teokoosseis,³⁾ kus vastav tegu on arvatud teokoosseisupäraseks ainult siis, kui tegu on toimunud omavoliliselt. Süniks see tegu aga selle vööra isiku volil, kelle kiri, telegramm või muu paber avatakse, ei oleks tegu enam KrS § 509 süüteo teokoosseisule vastav. Et seega siin väljendusega

1) KrS §§ 467, 468.

2) KrS §§ 476 p.2, 477, 479 p.1 ja 3, 483 p.1 ja 3.

3) KrS § 509.

"omavoliline" on tahtnud märkida ja on märgitud ära nõusolule vastavat tähendust, on kaheldamatu.¹⁾ Sama efekt on KrS § 577 teokoosseisuks vajalisel momendil, et vastav tegu ei vastaks allakirjutaja tõelisele tahtmisele. Kahtlematult on ka viimase väljendusega määritletud, et allakirjutaja nõusolul ei ole § 577 kirjeldatud tegu süütegu. Lõpuks sõnaselgelt lahendab KrS kannatanu nõusolu probleemi ka neil juhtudel, kui süüteo teokoosseis on määritletud selliselt, et vastava teo toimepanek on nähtud ette vägivalla, karistatava ähvarduse või võimu kuritarvituse abil.²⁾ Ei oleks mõeldav kõneleda tõelisest vägivallast seal, kus vägivallana võetav akt toimuks teobjektiks oleva isiku nõusolles.³⁾ Järelikult jääks nendel juhtudel kannatanu nõusolu korral vastava süüteo teokoosseis täitmata ja toimuv tegu ei ole kvalifitseeritav süüteona.⁴⁾ Sarnasel kujul võib lugeda lahendatuks nõusolu probleemi KrS näiteks sundimise,⁵⁾ kodurahu rikkumise⁶⁾ ja mitme süüteo puhul sugulise puutumatus vastu.⁷⁾ Samasuguse võimaluse nõusolu probleemi lahendamiseks annavad ka need teokoosseisud, millede kohaselt on nõuetav teo sooritamine pettuse abil. Ühelt poolt võib sarnastel kordadel esineda nõustumine, mis on saavutatud nimelt pettusega. Sarnane nõustumine teoga ei ole aga tõelik, vaid ainult näiline ja sarnaste nõustumiste taotlused

1) Vrdl. ka Saarmann-Matto, Kom. 257; Kadari, Isikuvastased süüteod, 186.

2) Nii KrS §§ 469, 470, 471.

3) Vrdl. Bar, Gesetz u.Schuld III, 57; Hartwig, GS.82, 315: "Ein Gewalttat gegen einen Zustimmenden ist selbstverständlich undenkbar."

4) Nii Klee, Goldt.Arch.48, 340, ka Traeger, GS.94, 117; Holer, Einw.,102; Hippel, Deutsch.Strafr.II, 243; Honig, Einw.,129.

5) KrS § 469, 470, 471. Vrdl.Gerland, V.D.A.T. II, 490.

6) KrS § 475 l.I; vrdl. Holer, Einw., 104.

7) KrS § 478 p.2, 485 p.2, 489.

ongi arvatud kriminaalseaduse järele karistatavaiks. Selletõttu nõusolu sarnases mõttes ei saa kõrvaldada teo karistatavust¹⁾ Teiselt poolt on küll mõeldav, et nõusolu ka pettuse korral esineb tõelisena. See on siis, kui kannatanu läbi näeb pettuse ja siiski vastavalt teotseb või endaga teotseda laseb. On kindel, et viimasel korral esineb teadlik ja tõsine nõusolu. Kuid nendel juhtudel ei oleks pettus teo sooritamise abinõuks ja selle momendi puudumisel ei saa enam kõnet olla vastava süüteo teokoosseisust, mis ette nägi teo toimumist pettuse abil.²⁾ Mõistab kannatanu pettuse, on aga siiski nõus teoga, jääb täitumata vastava süüteo teokoosseis.³⁾ Sarnast laadi teokoosseise esineb näiteks kelmuse⁴⁾ ja ärameelitamise korral.⁵⁾

Kõigil eelpoolkäsitletud ja analoogilistel juhtudel võib KrS järele kahtlusteta konstateerida nõusolu õiguslikku tähendust. Samadelt alustelt on peetud lahendatavaks nõusolu küsimust kõigi nende süütegude puhul, kus teokoosseisupäraselt on nõuetav võõra vara riisumine. Selletõttu juba ei esita üldiselt varavastased süüteod erilist probleemi nõusolu tähenduse vaatekohast.⁶⁾ Oluline väide selles küsimuses on see, kas esitab riisumine mõisteliselt käitumist, mis peaks toimuma teo objekti tahte vastu. Kui see nii on, ja seda jaatab riida autoreid, siis ei või olla näiteks vargust vargusest kanna-

1) Vt. Bar, Gesetz u.Schuld III, 64; Honig, Einw., 123.

2) Nii Gerland, V.D.A.T. 490; Traeger, GS.94, 117; Hippel, Deutsch.Strafr.II, 243; Honig, Einw., 129; Hartwig, GS.82, 315: "Durchschat der Verletzte die Lisst und handelt er demnach selbst oder lässt sich die Handlung gefallen, so liegt keine Überlistung, sonder bewusste Einwilligung vor; der deliktische Tatbestand fällt in sich zusammen."

3) Vrdl. Gerland, V D.A.T. II, 490.

4) KrS § 557.

5) KrS § 480. Vrdl. ka Honig, Einw., 122.

6) Vrdl. Metz, Einw., 14; Hippel, Deutsch.Strafr.II, 243, 244. Siin jääb kõrvale teine varavastaste süütegude puhul eriliselt tähelepanu vääriv moment, et tsiviilõiguslikult relevant- sed tehingud oluliselt võivad muuta käitumise õiguslikku ilmet. Raskusi tekib ainult siis, kui õiguslik tehing tsiviilõiguslikult on valeldav või kehtetu. See oleks aga juba õigusvastasuse kõrvaldamise küsimus. mitte teokoosseisu küsimus.

tanu nõusolles. See tegu, mis sarnastel tingimustel sooritatakse, ei saaks vastata varguse teokoosseisule ¹⁾ Oluliseks momendiks selle küsimuse vastamisel jääks seega tingimata see, kas riisumise mõiste eeldab teise valdusest võtmist vastu tahtmist. Kui riisumist defineerida kui võõra asju teise isiku valdusest äravõtmist vastu selle teise isiku tahtmist, ²⁾ siis on probleem lahendatud. Niipea kui esineb nõustumine valduse üleandmiseks ei saa kõnet olla valduse üleminekust vastu tahtmist. Järelikult kaoks nõusolu korral otsekohe võimalus riisumise konstateerimiseks ³⁾

Raskem, aga siiski KrS järele vastatav on nõusolu probleem rea teiste süütegude korral, kus nõusolu tähendus ei selgu otseselt KrS esinevast süüteo määritlest, kus aga siiski vastava süüteo mõiste määritus iseendast lahendab ka nõusolu probleemi. Need on sarnased süüteod, mille teokoosseisu KrS lähemalt ei määritle, vaid annab ainult süüteo mõiste. Sarnasel korral jääb teokoosseisu lähem määritus normi rakendamisele. Kui sarnase süüteo teokoosseis on määritletav sarnaselt, et ta ühtlasi lahendab ka nõusolu probleemi, siis võib sedakaudu lugeda KrS-us vastatuks küsimus nõusolu relevantsi kohta ka sarnastel puhkudel. Sellistest süütegudest oleks nimetada näitena kahevõitlust, veresegamist, kupelda-

1) Vrdl. ka Frank, Kom.483.

2) Nii Saksa RG.vrdl.Liszt-Schmidt, Lehrb.,445; Olshausen, Kom. II,1128. Vt.ka Saarmann-Matto, Kom.281; Posnõšev, Osob.častj., 187; Tagantsev, Kom.1247.

3) Lisaks sellele säilitavad varavastaste süütegude teokoosseisudes oma tähenduse nõusolu seisukohalt pettus ja vägivald. Selle kõige tõttu juba teokoosseisu analüüs näitab, et varavastaste süütegude korral nõusolu erilist probleemi ei esita. Vrdl.Honig, Einw., 121.

mist.¹⁾ Kriminaalõigusteaduses valitseva tõekspidamise na-
jal kõik need mõisted sisaldavad kindla sisu, mida on õi-
geks võtnud ka seadusandja, kui ta süüteo teokoosseisu määrit-
ledes on pidanud küllaldaseks ainult vastava mõiste fikseeri-
misi, ilma lähema sisu defineerimiseta. Küsimuseks jääb nüüd,
kas see sisu, mida seadusandja nende mõistete taga eeldab, si-
saldab endas sarnaseid elemente, mille tõttu väita võib, et
nõusolu on nende süütegude teokoosseisu elemendiks. Üldise
seisukoha järele osutub õigeks, et kahevõitluse all tuleb
mõista kokkuleppel toimepandud võitlust kahe isiku vahel kom-
beliselt määritletud viisil ja kokkulepitud relvadega ja reeg-
lite kohaselt.²⁾ Kokkulepitud võitlus on aga nõusolul võit-
lus. Kui kaugele ulatub nõusolu, võib olla veel küsitav, mit-
te aga see, et nõusolu on kahevõitluse konstituiivne element.³⁾
Analoogiline on olukord ka teiste siin mainitud süütegude kor-
ral. Kõigil neil juhtudel on teokoosseisude kaudu proklameeritud
vastav tegu süüteks just nõusolu olemasolul. Samane seisukoht
on kindlasti järeldatav KrS § 574 ja 575 p.1 alusel liiakasu-
võtmise ja kahjulikku varanduslikku tehingusse ahvatlemise kor-
ral.

Viimaseks viisiks, kuidas KrS teotava teo teokoosseisu
määritleb kaudsete vormelite läbi on teokoosseisu sisu sõltu-
vus süüteo objektist.⁴⁾ Sarnaselt esinevad KrS näiteks süü-
teod isikuvabaduse vastu. Kui KrS § 460 ütleb: "Süüdlast

1) §§ 443, 481, 487. Vrdl. Honig, Einw., 121; Metz, Zur Frage
d. Einwil., 14; Gerland, V.D.A.T. II, 490.

2) Vrdl. Saarmann-Matto, Kom. 223; Frank, Kom. 419; Foinitskij,
Os. Častj., 61; Posnõsev, Osob. castj., 66; Kadari, Isikuvast.
süüt., 90 j. j.

3) Vrdl. Kiehl, Goldt. Arch. 54, 363.

4) Vt. Schmidt, R., Verantw. d. Arztes 54, 55.

isikuvabaduse võtmises kinnipidamise ja kinnihoidmise teel, karistatakse...", siis on selle süüteo teokoosseis määritletud isikuvabaduse võtvate tegudega, kusjuures on eriliselt välja tõstetud ainult kinnipidamine ja kinnihoidmine. Kuidas tuleb määritlemisele isikuvabaduse mõiste, selliselt ta kujuneb isikuvabaduse võtmise süüteo teokoosseis. Kui õige on, et süüteo objektiks on teise isiku soovipärase käitumise võimalus,¹⁾ siis oleks § 460 ettenähtud süütegu teokoosseisupäraselt toimunud ainult sel korral, kui vastava teoga on võetud teisel isikul võimalus toimida enda tahte kohaselt. Nõustumisel sarnasest tahtepärase käitumise vabaduse rikkumisest kõneleda oleks vaevalt võimalik. Sellepärast on § 460 ettenähtud süütegu võimalik ainult siis, kui isik, kelle vastu ka sihitud on, selle teoga ei ole noustunud. Sest - ainult "vastu tahtmist" käitumine võib olla mittevaba käitumine.²⁾ Teistesõnadega - nõusolu kõrvaldab § 460 ettenähtud teo teokoosseisupärasuse.³⁾

Nendel viisidel on kannatanu nõusolu probleem mitmeti lahenemist leidnud KrS, kusjuures kord on teokoosseisu konstituiivne osa kannatanu nõusolu, teistel juhtudel aga just vastupidi nõusolu puudumine teeb võimalikuks vastava süüteo teokoosseisu täitumise.⁴⁾ Kõigil neil juhtudel aga laheneb kannatanu nõusolu probleem süüteo teokoosseisu analüüsiga, olgu nõusolu efekt siis positiivne või negatiivne.

Mitte alati pole see aga nii. Mitmeti süütegude teokoosseis KrS järele on määritletud nii, et süüteo teokoos-

1) Vt. Kadari, Isikuv. süüteod, 101. Vrdl. ka Frank, Kom. 18. Aufl., 495: "Die Freiheit lässt sich bestimmen als die Lage eines Menschen, bei der nichts ihn Drückendes oder Hemmendes vorhanden ist."

2) Nii Kadari, Isikuv. süüteod, 101.

3) Nii ka Saksa õiguse kohta Honig, Einw., 132; Olshausen, Kom. II, 1088; Frank, Kom. 134. Teiselt seisukohalt rida autoreid väidavad, et nõusolu on küll relevantne vabadusvastaste süütegude puhul, kuid mitte teokoosseisust sõltuvalt, vaid õigusvastasust kõrvaldavana. Nii Zittelmann, Arch. f. d. Civ. Praxis 99, 76; Lobe, II Leipz., Kom. 17; Hippel, Deutsch. Strafr., II, 244/245; Traeger, GS. 94, 124.

4) Näit. kahevõitlus, veresegamine, liiakasuvõtmine ühelt poolt ja nõusoluta sugühendus, isikuvabaduse võtmine teiselt poolt.

seis nõusolu probleemi ei puuduta. Eeskätt jääb teokoosseisu poolest see küsimus lahendamata kahe raskema isikuvastase süüteo korral - tapmisel ja kehavigastusel. Lisaks sellele on küsimus väga vaieldav ka teotamise kordadel. Osa autorite poolt on väidetud, et teotamisel nõusolu kõrvaldab süüteo teokoosseisu. Seda seisukohta on põhjendatud sellega, et teotamine eeldab alati tahte riket, teotsemist tahte vastu. Sellest järgneb, et au on ainult sellel, kes seda omada tahab.¹⁾ Teotatava nõusolles loomulikult tema tahte vastu teotsemist konstateerida ei saa ja järelikult ei ole ka võimalik teotamise süütegu.²⁾ Samale seisukohale jõuavad ka välja need, kes väidavad, et teotamisel ei ole karistatavaks tunnustatud mitte teotav avaldus või käitumine iseendast, vaid ainult selle kaudu ilmnev teo objektiks oleva isiku õigustatud nõude rikumine, et temaga käitutaks väärilikalt ja tema au mitteohustavalt. Ka sarnasel korral selle isiku nõusolles, kelle vastu teotamine sihitud on, ei saa enam konstateerida vastavast väljendusest Kriminaalseadustiku teotamise teokoosseisule vastavat süütegu.³⁾ Teoorias sarnane teotamise kontseptsioon ei ole aga üldtunnustatud. Üldisemalt omaksvõetud seisukoha järele on teotamise korral süüteo objektiks, karistuse ähvardusel keelatud õigusvaraks au objektiivses mõistes, kui kaasinieste vääristus isiku kohta.⁴⁾ Teotamisena on käsitletud sel-

1) Nii Köstlin. Vrdl.Holer, Einw ,104. Ka Hess; vrdl.Yoski, Einw., 38.

2) Nii Metz, Zur Frage d.Einw ,49,50; Klee, Goldt.Arch.49,252. Sarnaselt ka Binding ja Köstlin. Vrdl. Holer, Einw.,104.

3) Nii Tagantsev, Russ.ugol.pravo I, 495. Vrdl.ka Saarmann-Matto, Kom.249.

4) Vrdl. Liszt-Schmidt, Lehrb ,341; Posnõšev, Osob.častj,109 j.j.; Liepman, V.D.B.T IV, 227 j.j.; Frank, Kom.388 j.j.

lelt seisukohalt iga käitumine, mis omalt iseloomult on suuteline rikkuma või ohustama teotatava isiku isikuväärtust, või teisiti - "mis oma objektiivselt iseloomult on käsitatav teise isiku au eitavana."¹⁾ Au ja auvastaseid süütegusid sarnaselt mõistes ei pruugi olla aga enam nõusolu puudumine teokoosseisu elemendiks.²⁾ Sellekohaselt kuuluvad ka auvastased süüteod nende süütegude liiki, millede puhul peab tõusma küsimus, kas ei ole nõusolu õigusvastasust kõrvaldavaks aluseks.³⁾

Mis puutub eriti kehavigastustesse, siis selgitab selle süüteo teokoosseisu analüüs, et ainukeseks oluliseks momendiks kehavigastuse süüteo mõisteks on teisele isikule terviserikke tekitamine.⁴⁾ Sellejuures ei ole seotud sarnast terviserikke tekitamist mingi eritunnustega ega modaliteetidega, mis pärast kehavigastusena KrS mõistes tuleks arvestada iga teise isiku tervise rikkumist.⁵⁾ Et sarnase kehavigastuse teokoosseisu määritlusel teokoosseisu vaatekohalt olutuks peab jääma nõusolu olemasolu või puudumine, on evidentne. Selles küsimuses on üksmeeles kõik autorid.⁶⁾ Sellepärast ka kerkibki just kehavigastuste korral eriliselt küsimus - kuidas on KrS suhtumine nõusolusse kui õigusvastasust kõrvaldavasse alusesse. Nende süütegude korral, kus nõusolu positiivsel või negatiivsel

1) Nii Kadari, Isikuv.süüt.,142.

2) Vrdl.Rosin, Vestn.Prava 1899, 117.

3) Vt.Honig, Einw., 123, 134. Et nõusolu auvastaste süütegude puhul on mitte teokoosseisupärasust vaid õigusvastasust kõrvaldavaks aluseks, seda väidavad Frank, Kom.18.Aufl.,421; Honig, Einw.123, 134; Lobe, Leipz.Kom.17; Hippel, Deutsch.Strafr.,II, 244/245.Sellel seisukohal ka Kadari, Isikuv.süüt.,147. Seisukohal, et nõusolu auvastaste süütegude korral ka õigusvastasust ei kõrvalda, on Liszt-Schmidt, Lehrb.,353.

4) Vt.Saarmann-Matto, Kom.217; Kadari, Isikuv.süüteod,48; eriti Kristal, Õigus 1935,289 j.j. vastava literatuuri osundamisega.

5) Saksa õigusest lähtudes vrdl.näit.Kiehl, Gold.Archt.54,372: "Nach dem Wortlaute des Strafgesetzbuches ist der Tatbestand des § 223 schon dann erfüllt, wenn der Täter vorsätzlich einen andern körperlich misshandelt oder ein der Gesundheit beschädigt hat. Vastupidise seisukoha kaitsjana on märgitud siiski Holdheimi. Vrdl.Klenner, Tötung auf Verlangen, 51.Siin juures erviserikke kvalifitseerimise /.

võimalus teatavail juhtudel ka isikuvastase vägivaljana.
Vrdl. Saarmann-Matto, Kom. 221; Kristal, Õigus 1935, 293.

6) Vrdl. näit. Bühring, Rechl. Bedeut. d. Einw., 22

kujul on teokoosseisu elemendiks, oleks selle küsimuse püstitamine enneaegne. On aga teokoosseisule nõusolu esinemine või mitteesinemine indiffirentne, kerkib probleemina nõusolu suhe õigusvastasusele.

Nagu eelpool märgitud, ei sisalda KrS sõnaselget vastust nõusolu tähenduse kohta. KrS eriosa lähem vaatlus näitas, et nõusolu kui teokoosseisu elemendi kohta üldse ei esine KrS ühist ja üldist lahenduse printsiipi. Kas sarnane üldine ja kõike süütegusid haarav printsiip nõusolu kui õigusvastasust kõrvaldava asjaolu kohta on välja loetav KrS tema norme ligema analüüsi teel, seda tuleb selgitada enne kui püüame vastata küsimust kitsamalt kehavigastuste seisukohalt.

5. peatükk.

Nõusolu üldise õigusvastasust kõrvaldava alusena.

teokoosseisu

Et süütegude analüüs Kriminaalseadustiku alusel kõikide süütegude puhul vastust ei anna küsimusele nõusolu toimest, siis peab kulgema vaatlus paratamatult sellele, kas ei esine nõusolu siiski õigusvastasust kõrvaldavana alusena. Sest alles viimase küsimuse eitamine võimaldaks eitada nõusolu relevantsi nende süütegude korral, millede teokoosseisudelt on nõusolu jäänud indifferentseks. Selletõttu ongi küsimus nüüd, missugune on nendel juhtudel, kui teokoosseis nõusolu probleemi ei lahenda, kehtiva KrS suhtumine nõusolusse.¹⁾ Loogiliselt mõeldes on võimalikud kaks põhiliselt vastupidist seisukohta, et üldiselt nõusolu ei oma mingit tähendust või et ta omab tähenduse alati ja iga süüteo õigusvastasuse kõrvaldamiseks. Lisaks sellele jääb üle lahendus, mis KrS poolt on omaks võetud nõusolu tähenduse kohta teokoosseisude määritlemise kaudu, et nõusolu on varieeriva toimega, erinevalt üksiku süüteo korral. Viimane lahendusviis tuleks lähemale vaatlusele aga alles siis, kui selge on KrS seisukoht nõusolusse üldise printsiibina. Selle tõttu viibki meie käsitus kõige pealt uurimisele selle üle, kas on KrS ja kui on, siis missugune on KrS üldine seisukoht nõusolusse õigusvastasust kõrvaldava alusena.

1) Et see valdavam osa süüteo liikidest on, millede puhul küsimus nõusolu õigusvastasust kõrvaldavast toimest aga üldse ei kerki, seda püüdis näidata eelmine peatükk. Sama kinnitab ka Saksa õiguse kohta Traeger, GS.94, 115, 118.

Küsimuse seadmine nõusolu toime kohta üldse suunab meie tähelepanu KrS üldosale, kus on leidnud lähemalt äramärkimist need üldised alused, mis kõrvaldavad võimaluse arvata teokoosseisupärast tegu süüteks. Olenedes sellest kas takistuseks osutub õigusvastasuse või süü puudumine, teeb KrS ka vahet ^{süüd ja} õigusvastasust kõrvaldavate aluste vahel. Esimestena võib viidata KrS § 39-43, teistena tuleks alla kriipsutada § 44-46 käsitatud põhjuseid.¹⁾ Nõusolu nende seas ei ole märgitud. See iseendast suunab mõttekäigu sinna, et kehtiva KrS järele nõusolu ei oma tähendust õigusvastasust kõrvaldava alusena ja järelikult näib olevat KrS üldine seisukoht see, et ka kannatanu nõusolul toimepandud tegu, kui ta vastab mingi süüteo teokoosseisule, on õigusvastane ja karistatav,²⁾ eeldusel muidugi, et vastava teo õigusvastasuse kõrvaldamiseks ei ole teisi seaduslikke aluseid ja et ta on toimunud süüliselt. See järeldus oleks ilma lähema kontrollimiseta õige ja vankumatu, kui oleks kindel, et kõik õigusvastasust kõrvaldavad alused on pruugivalt loetletud KrS üldosas. Sarnaseks eelduseks ei ole meil ega mingit küllaldast alust.³⁾ Meie teame, et kriminaalseadustikkude üldosa on õieti väga hilise aja arengu produkt, kasvades välja teoreetilistest üldtunnustatud kogu eriosalise normistiku kohta käivaist üldistest tõdedest. Sellejuures ei ole üldosa mingi konstantne suurus, mis tingima-

1) § 47 käsitab absoluutselt kõlbmata katset ja selletõttu kuulub eriti katseõpetusse.

2) Saksa StGB üldosa analoogilisest seisukohast on näit. Saksa RG teinudki järelduse, et kannatanu nõusolul pole üldiselt õigusvastasust kõrvaldavat tähendust. Vrdl. näit. Bar, Gesetz u. Schuld III, 51; Klee, Goldt. Arch. 50, 368.

3) Vrdl. Gerland, V.D.A.T. II, 499; Frank, Kom. 110; Metz, Einw

ta sisaldab norme teatava kindla skeemi järele, vaid ta on alaliselt paisuv osa kriminaalseadustikkude süsteemis, sõltuvalt sellest kuipalju ja missugused tõed on leitud seadusandja poolt niivõrd küpseiks, et on võimalikuks peetud neid seadustikes fikseerida üldiste reeglitena.¹⁾ Vähemküpsed seisukohad on ikka pidanud ootama pika aja enne kui on leitud õige vormulatsioon ja võimalus üldosaliseks määritluseks. Lisaks sellele on ka veel mõeldav, et on sarnaseid üldiseid reegleid, mis on niivõrd endastmõistetavad, et seadusandja ei ole pidanud tarvilikuks nende fikseerimist üldosas. Viimasel juhul muidugi õigusnorme tunnetamisel see endastmõistetavus ei või tähendada iga normirakendaja subjektiivset endastmõistetavust, vaid sarnast endastmõistetavust, mis järgneb objektiivsena kogu normistiku olemusest. Sellest kõigest tuleneb tarve võtta vaatlusele ka kogu KrS eriosaline normimaterjal ja alles selle põhjalikul läbitöötamisel meid huvitava küsimuse seisukohalt asuda lõplikult määritlema KrS seisukohta nõusolu probleemi suhtes, võttes siis muidugi arvesse siiski ka eelpool üldosa vaikimisest provisoorselt tõmmatud järelduse võimaluse.

Eriosaliste normide seas on nõusolu probleemi üldiseks lahendamiseks literatuuris alati esimesena tähelepanu endale tõmbanud norm, mis käsitab tapmist surmatava isiku soovil. See norm ei esine mitte kõikides kriminaalõiguslikkudes normistik-

1) Binding, Handb., 709; vrdl. Honig, Einw., 1; Kessler, Einw., 9; ka Traeger, GS. 94, 133; Yoski, Einw., 35.

kudes, kus ta aga esineb, seal on täiesti õigustatud eriline huvi tema vastu. Sest on ilmne, et kui ka tekstiliselt vastav norm ei käsitagi otseselt nõusolu, vaid palvet või soovi või tahet kannatanu poolel, on sellega ikkagi laias ulatuses käsitatud nõusolu probleemi ja üldiselt on see ainukene eriosaline norm, mis enam-vähem olulise pidepunkti annab nõusolu kui õigusvastasust kõrvaldava aluse probleemi lahendamisel. Kehtivas KrS annab vastava määratluse § 426 ja selle kohaselt on tapmine surmatava isiku tungival palvel ja halastusest tema vastu karistatav suhteliselt märgatavalt kergemalt tapmisest üldiselt.¹⁾ Sidudes § 426 väljendust leidnud seisukohata nõusolu probleemiga on mitmete autorite poolt leitud, et KrS § 426 või vastava teise õiguskorra analoogilises normis ongi kogu probleemi lahenduse tähtsam pidepunkt. Sellejuures huvitaval kombel just sellest normist on püütud leida küllaldast tugipunkti nii seisukohale nõusoleku relevantsi poolt kui ka vastu. Esimeste poolt väidetakse, et silmas pidades seadustiku üldist vaikimist nõusolu küsimuses, tõendab tema eriline puudutamine kõige raskema isikuvastase süüteo puhul seda, et ainult selle süüteo, s.o. tapmise korral toob ka nõusolles toimunud tegu karistuse, kuigi kergemal kujul, kõigi teiste süütegude puhul kõrvaldab tema õigusvastasuse

1) Saksa õiguse vastava normi, StGB § 226 kohaselt on kergemini karistatav tapmine siis, kui tapmine on leidnud aset tapetu selgesõnalisel ja tõelisel palvel. Vrdl. Frank, Kom.432 j.j.

ja muudab muidu karistatava teo karistamatuks.¹⁾ Teiselt poolt väidetakse sama innustatult, et just meie KrS § 426 sarnaneva sisuga norm tõendab, et üldine reegel on, et nõusolu õigusvastasust ei kõrvalda ja tegu karistamatuks ei muuda.²⁾ Viimase seisukoha raskuspunkt langeb viitamisele sellele, et § 426 või analoogiline norm teistes seadustikes ei käsita mitte tapmist kannatanu nõusolles, vaid tapmist viimase tungival palvel,³⁾ mis on mõisteliselt rohkem kui ainult nõusolu ja mis sellega just näitab, et ainult nõusolu korral tapmine harilikuks tapmiseks jääb, ilma mingi privilegieerimiseta, rääkimata õigusvastasuse hoopis kõrvaldamisest. Tõsitades viimast leitakse õigustatud olema tõmmata konsekvents, et seadustiku vaikimise tõttu teiste süütegude puhul see tapmise juures ilmnev seadustiku suhtumine nõusolu probleemi üldistada tuleb⁴⁾ ja järelikult nõusolu relevantsi õigusvastasust kõrvaldava alusena üldises printsiibis eitama peab.

Asudes lähemalt vaatlema neid argumente peab ütleva, et kindlasti õigeks osutub meie seadustiku kohaselt viimane seisukoht, niivõrd kui see haarab nõusolu tähendust tapmise korral. Juba üksi tungiv palve § 426 teokoosseisu elemendina on mõisteliselt kindlasti midagi rohkemat kui ainult nõusolu. Ei saa eitada nende mõistelist sugulust ja on vaieldamatu, et

1) Vrdl. Klee, Goldt.Arch.50, 368. Nii ka Ortmann ja Zimmermann; vrdl. Dohna, Rechtsw., 142.

2) Nii Saksa RG. Vrdl.Gerland, V.D.A.T. II, 499, Dohna, Rechtsw., 142.

3) Meie KrS on selle liidetud veel täiendav tingimus, et tegu peab olema toimunud ka veel halastusest tapetava vastu. Vrdl. Saarmann ja Matto, 214

4) Vrdl. Bühring, Einw., 25.

tungiv palve endas sisaldab ka nõustumise, nõusolu. Kuid selles see ongi, et tungiv palve on mõisteliselt rohkem, ta esitab endas teatava mõistelise plussi võrreldes nõusolu mõistega.¹⁾ On teatud määral õigustatud selletõttu käsitleda tungivat palvet kvalifitseeritud nõusoluna.²⁾ Sellejuures võib täiesti tagasi lükata väite, et tungiva palve konstateerimiseks, vastupidi nõusolule, peab tõsitama initsiatiivi kannatanu poolt.³⁾ Ilma selle erinevusetagi on küllaldane alus nõusolu ja tungiva palve mõisteliseks eraldamiseks. Silmas pidades KrS § 426 teokoosseisu peab aga tungivale palvele liituma veel subjektiivne teokoosseisu element tegijas, - halastus teo toimumise motiivina. Sarnase komplitseeritud teokoosseisu samastamiseks nõusoluga ei saa enam olla mingit alust. Viimane seisukohavõtmine, koos väitega nõusolust, kui mõisteliselt küll tungiva palvega sugulusmõistest, kuid teatava mõistelusliku miinusega, viib meid aga järeldusele, et tapmise korral ei ole nõusolu õigusvastasust kõrvaldavaks aluseks. Ei saa pidada võimalikuks, et kui § 426 teokoosseisu olemasolul toimuv tapmine toob kaasa ainult karistuse kergenemine, siis ainsast nõusolust võiks piisata õigusvastasuse hoopiski kõrvaldamiseks.⁴⁾ Seda kokku võttes peab tunnustama, et nõusolu tapmise korral õigusvastasust ei kõrvalda. Sellel asuko-

1) Dohna, Rechtsw. 142; Kessler, Einw., 80; Bar, Gesetz u. S. III, 61; Roedenbeck, Zweikampf, 44; Hartwig, GS. 82, 317; Hartmann, Grünhuts Zeitsch., 27, 740. Vastupidisel seisukohal Ortmann. Vrdl. Hartwig, GS. 82, 217.

2) Nii Bar, Gesetz u. Schuld III, 61; Traeger, GS. 94, 118.

3) Vrdl. Hartwig, GS. 82, 319.

4) Vrdl. Frank, Kom. 432

hal on ka valitsev teooria.

Sootu iseasi on aga, kas sellest seadustiku seisukohast nõusolu toime kohta tapmise puhul piisab väiteks, et sarnane on seadustiku üldine seisukoht nõusolu kohta. Seda on väidetud. Aga huvitaval kombel on sellest samast ühisest tõest võidud asendada kaks risti vastupidist järeldust. Ühelt poolt võib teatava õigusega väita, et arvestades seadustiku vaikimisega teistel juhtudel, niivõrd kui eriosas nõusolu probleem kerkib õigusvastasuse kõrvaldamise suhtes, on õigustatud järeldus, et § 426 selgub seisukoht nõusolu irrelevantsi kohta üldistada tuleb.¹⁾ Teiselt poolt võib aga tapmise juures erilise § 426 taolise teokoosseisu loomine tähendada ka seda, et siin muidu mitte õigusvastaseks arvatav juht selle eriti raske süüteo puhul erandina karistatavaks on tahetud tunnustada.²⁾ Kogu küsimuse raskus langebki sellele, mida siis õieti § 426 meile annab nõusolu kohta, kas üldreegli või erandi reeglist. Ja iseendast § 426 alusel selle küsimuse otsustamine on võimatu, kuna loogiliselt on üks kui teine järeldus võimalik ja ühtlaselt veenev.³⁾

Sellest selgub, et nõusolu probleem ainult § 426 või analoogilise normi abil üksinda lahendatav ei ole kehtiva seadustiku seisukohalt.⁴⁾ See tunnetus on ka enamuse autoreid

-
- 1) Nii näit. Saksa RG. Vrdl. Gerland, V.D.A.T. II, 499; Klee, Goldt. Arch. 50, 368; Kiehl, Goldt. Arch. 54, 359.
 - 2) Nii näit. Kessler, Einw., 9; Hartmann, Grünhuts Zeitsch., 27, 753.
 - 3) Gerland, V.D.A.T II, 500: "Und dieser Schluss ist ebenso zwingend, ebenso logisch richtig wie der, welchen das Reichsgericht gezogen hat."
 - 4) Veel kaugemale lähevad autorid, kes väidavad, et § 426 vastavast normist nõusolu tähenduse kohta üldse midagi järeldada ei saa. Vrdl. eriti Schrey, Gegenst d. Einw., 47: "Die Tötung auf Verlangen ist aber als Regelung eines Sonderfalles von den Fällen die Einwilligung scharf zu trennen. Es dürfen deshalb von ihr keine Schlüsse auf diese gezogen werden." Vrdl. ka Bar. Gesetz u. Schuld III, 57.

viinud lisaks veel tugipunktide otsimisele teistest eriosa normest täienduseks ja süstemaatse tõlgenduse abil § 426 sisu õigeks väljaselgitamiseks. Peamiseks argumendiks selles otsingus on olnud ühelt poolt väited, mis tulenevad KrS § 166 või sellele analoogilisest vastava teise seadustiku normi sisust ja teiselt poolt kehavigastuste karistuse määradest võrreldes § 426 ettenähtud süüteo karistatavusega. Viimasel juhul siirdub raskuspunkt sellele, kas karistusmääradest võib ilmned a seadusandja ja kehtiva õigusnormistiku seisukoht nõusolu relevantsi kohta kehavigastustel. Printsipiis ei tohiks see kaheldav olla.¹⁾ Ka karistusmäär kuulub normi sisusse ja sellisena tuleb süstemaatsel õigusnormide mõistmisel arvestada. Et kehavigastused on kõige lähemas kokkupuutes surmamise süütegudega ja et nende võrdlevast vaatlusest eluvastaste süütegudega, eriti viimaste katsetega, on kõige suuremad võimalused tulemuste saamiseks, siis on ikka just kehavigastused valitud selleks proovikiviks, millel peab selguma, kas § 426 esinev reegel nõusolu relevantsi kohta on üldreegel või erand üldreeglist. Esimese väite tõendamiseks tahetakse lugeda piisavaks, kui osutuks, et nõusolu ka kehavigastuste korral on irrelevantne, teise väite tõendamiseks katsutakse näidata, et nõusolu on kehavigastuste korral õigusvastasuse kõrvaldajaks. See analüüs on huvitav, kuid peame ette olema selgusel, kas

1) Vastupidi siiski Klenner, Tötung auf Verlangen, 50: "Deshalb darf aus der Strafhöhe nicht geschlossen werden, dass die Einwilligung die Strafbarkeit aufhebt. Denn Missverhältnis im Strafmaß findet man auch sonst im Strafgesetzbuch."

see analüüs annab seda, mida tema kaudu sooviksime saavutada. Kui meie ehk ka tõendaksime nende mõttekäikudega nõusolu toime kehavigastuste korral, ei oleks meil mingit loogilist alust väita, et tapmise ja kehavigastuse kordadel nõusolu kindlaksmääramisel meie oleme saavutanud kehtiva seadustiku üldise seisukoha nõusolu probleemi suhtes. Sama hästi kui eeltoodud oodatavatest tulemustest sõltuvad järeldused, on võimalikud ka järeldused risti vastupidi. Ainukene päris kindel selle töö resultaat oleks see, et meie võime jõuda selgusele nõusolu toime kohta kehavigastustel. Et see tulemus, olgu nõusolu toime siis määritletav analoogiliselt tema toimega eluvastaste süütegude puhul, või just vastupidi, koos § 426 annaks üldise reegli nõusolu toime kohta, oleks aga liiga julge. Sellepärast tõuseb vastav käsitlus meil uuesti päevakorda siis, kui peaks osutama, et kehtiva õiguse järele üldist printsiipi nõusolu toime kohta välja selgitada ei õnnestu ja meie sunnitud oleme selle toime üksikute süütegude piirides eraldi vaatlusele võtma, kus siis meie eriline tähelepanu kehavigastustele kaldub.

Kõik eelöeldu § 426 sisulisest võrdlusest kehavigastust käsitlevate normidega kehtib samal määral ka katsete kohta selgitada selles seoses nõusolu toime üldist printsiipi normide abil, mis käsitlevad kahevõitlust. Ka kahevõitluse kohta käivatest normest on püütud järeldusi teha nõusolu relevantsi kohta üldise printsiibi vormis. On väidetud, et kui kahevõitluse korral esinev eventuaalsest nõusolust tuleneb märgatav karistuse kergenenemine, siis peaks direktne nõusolu kehavigastu-

se tekitamiseks karistatavuse hoopis kõrvaldama.¹⁾ Õigusega on see seisukoht kõrvale jäetud. Karistuse kergenemisest ühel juhul järeldada õigusvastasuse kõrvaldamist teisel juhul pole mingit alust.²⁾ Ja kahevõitluse korral ainult elu või tervise vastu suunatud nõusolu õiguslikust toimest järeldub sama vähe nõusolu toime kohta üldise printsiibina, kui nõusolul tapmisestki. Ei ole siingi mingit kindlamat alust üldistada ühe süüteo korral ilmnevat seisukohta kogu seadustikust läbijooksvaks printsiibiks.

Üheks võtmeks nõusolu probleemi üldkujuliseks lahendamiseks on peetud veel kriminaalseadustikus üksikute süütegude teokoosseisus esinevat sõna "seadusvastane" või selle sünonüüme.³⁾ Nii väidab Honig, et seadusvastasuse märkimisega süüteo teokoosseisus on eriliselt rõhutatud, et teo toimumine ei tohi käia vastu kannatanu tahtele.⁴⁾ Sellejuures ei eita ka Honig, et ühtlasi märgitakse seadusvastasuse nõudega eriti ära süüteks arvamise eeltingimus, et tegu ei tohi olla vastukäiv ühelegi objektiivse õiguse põhimõttele. Kiehl arendab sama mõtet selles suunas, et õigusvastasuse märkimisega süüteo määratluses on välja tõstetud see seisukoht, et seadusvastase nõude teokoosseisus märkimine tähendab seda, et nendel juhtudel objektiivse õigusvastasuse küsimus ka veel teis-

1) Nii Hartmann, Grünhuts Zeitsch. 27, 757. Vrdl. Bar, Gesetz u. Schuld III, 55.

2) Nii Bar, III, 56. Vrdl. ka Kiehl, Goldt. Arch. 54, 362.

3) Vrdl. Honig, Einw., 121, 128, 129.

4) Honig, Einw., 137. Vrdl. Honigi kohta Frank, Kom. 134. Ka Kiehl, G.A. 54, 367, 369.

te normide najal proovimisele kuulub, peale nende, mida sisaldab kriminaalseadustik.¹⁾ Viimane tulekus on ekslik, sest oleks v  r teha vahet s  tegude vahel, mille juures õigusvastasuse m  aritlemisel tuleks silmas pidada ainult kriminaalseadustikku ja s  tegude vahel, mille korral õigusvastasuse kõrvaldamiseks võib arvestada ka aluseid väljaspool seda.²⁾ Kõikide s  tegude konstituiivseks elemendiks on õigusvastasus ja see tähendab kõikide s  tegude juures seda, et arvesse tuleb kogu positiivne õigus vaatamata üksikute normide paiknemisele. Selletõttu peaks olema küll nii, et õigusvastasuse erilist märkimist seadustikus üksiku s  uteo puhul tarvis olema ei peaks, kuna selle tingib juba iseendast antud käitumise kvalifitseerimine s  uteona. Kui õigusvastasust mõnedel juhtudel siiski eriti märgitud on, siis seda, kas on tehtud üldse ilma sisulise vajaduseta³⁾ või tuleb arvestada, et seaduse v  ljudusviis, millega teatavate s  tegude korral sarnast s  uteo endastmõistetavat omadust eriti märgitakse, võib küll tähendada seda, et nendel juhtudel normi rakendajal eriliselt vajalik on tähele panna ja proovida võimalikke õigusvastasuse kõrvaldamise aluseid,⁴⁾ see ei või tähendada aga ühelgi tingimusel, et ainult nendel juhtudel tuleb arvestada teatavate õigusvastasust kõrvaldavate põhjustega. Viimasel juhul v  ljudusega

1) Kiehl, Goldt.Arch.54, 367-372.

2) Vrdl. Liszt-Schmidt, Lehrb., 26.Aufl., 186: "Rechtfertigungsgr  nde bietet keineswegs allein das Strafrecht, vielmehr ist das Gesamtheit der Rechtsordnung auf das Gegebensein von Rechtfertigungsgr  nden durchzumustern."

3) Liszt-Schmidt, Lehrb., 26.Aufl., 177, 178. Vrdl.ka Holer, Einw., 101.

4) Nii Mezger, Lehrb., 180.

"seadusvastane" nõutakse ainult seadusvastasuse kaalumist, ei anta aga uusi aluseid õigusvastasuse kõrvaldamiseks. Sellepärast ei saa ka nõus olla eeltoodud Kiehli ja Honigi järelduste võimalustega. Samuti muidugi langeb ära võimalus selleks, kui seisukohale asuda, et seadusvastasuse mainimine mõnede süüteo teokoosseisudes on leidnud aset ainult stilistilistel kaalutlustel, nagu seda väidavad M.E.Mayer ja Nagler.¹⁾ Üldiselt on seadusvastasuse märkimine süüteo teokoosseisu omalt tähenduselt väga vaieldav ja ka see pole küllaldaselt kindel pind nõusolu probleemi üldise lahenduse alusena.

Üheks nõusolu toime üldise printsiibi tuletamise viisiks on peetud veel järeldamist vastava seadustiku suhtumisest süütegudesse teo toimija enda vastu. Selle seisukoha on formuleerinud kõige ilmekamalt Kessler.²⁾ Sellejuures peab kohe märkima, et süütegusid, kus teobjektiks ja teo toimepanijaks oleks üks ja sama isik, moodne kriminaalõigus tunneb väga erandlikult. Üldtunnustatud seisukoht on, et isiku ülalpidu iseenda suhtes ei kuulu õiguslike määratluste alla.³⁾ Kui teatav tegu ka enda vastu suunatult siiski karistatav on, siis tuleb arvestada eriliste asjaoludega. Nii näitena endale kehavigastuse tekitamine on karistatav KrS § 165 järele

1) M.E.Mayer, Lehrb., 12/13; Nagler, Rechtsw., 17, 19. Nii ka Lobe, Leipz., Kom.8. Vrdl. Hippel, Duts.Str.II, 199, Frank, Kom.5, 6.

2) Kessler, Einw., 68, 69: "Wenn eine Gewisse Handlung allen Individuen mit Ausnahme eines einzigen Verboten ist, so liegt hierin ein vollgültiger Beweis dafür, dass das Interesse nur dieses einen Individuen durch dieses Gesetz geschützt werden sollte, dass folglich die mit Einwilligung dieses Individuums vorgenommen Handlung unverboden ist." Vrdl.ka Metz, Zur Frage d.Einw., 7, 8.

3) Vt.Bar, Gesetz u.Schuld III, 25; Klee, Goldt.Arch.48, 178; Tagantsev, Russ.ug pravo, 492: "Posjagatelstvo na sobstvennõja blaga ležit vne sferõ prava."

juba süstemaatilise asendi järele otsustades kui teatava riikliku huvi rike.¹⁾ Sarnase riikliku huvi esilekerkimise võimaluse tõttu ei oleks mõeldamatu enamiku süütegude korral vastava teo õigusvastasus ja karistatavus ka siis, kui teo toimepanija ise ka teo objektiks on. Kui seadusandja asja siiski nii korraldanud ei ole, siis on see tark enesepiiramine, sest kõike, mis oleks vajaline kaitsta üldistes huvides, ei ole võimalik kaitsta kriminaalõiguslike vahenditega.²⁾ Viimase kaalutluse arvestamisel on aga enda vastaste süütegude mitteesi-nemine väga nõrgaks pidepunktiks seisukohale, et enda vastu sihitud teo karistamatuse korral ja selle tõttu järgnes ka vastava teo õigusvastasuse puudumine ja karistamatus siis, kui tegu on toimunud küll teise isiku poolt, kuid teost kannatanu nõusolles.³⁾ Selle vastu on õigusega tähendatud, et sarnane nende kahe erilaadse käitumise ühtlane õiguslik käsitletus võiks küll põhjendatuna näida kannatanu seisukohalt, mitte aga õiguskorra seisukohalt.⁴⁾ Võib väita, et valitsev teooria on seisukohal, et neid kahte mõistet - enda õigusvara rikkumist ja õigusvara rikkumiseks nõusolu segada ei tule ja et enda vastu sihitud teo süüteo teokoosseisupärasuse puudumisest midagi järeldada ei saa vastava nõusolles toimepandud teo õigusvastasuse kõrvaldamiseks. Et õiguskord teosse toimija enda vastu indifferentselt suhtub, ei tõenda midagi nõusolles

1) Kadari, Isikuv.süüteod, 61. Vrdl.ka Bar, III, Ges.u.Sch.25; Klee, Goldt Arch.48, 187.

2) Vrdl.Bar, Gesetz u.Schuld III, 32; M.E.Mayer, Lehrb.,21.

3) Sarnast järeldamise võimalust on kaitsnud peale Kessleri Köstlin, Ortmann, Schütze. Vrdl.Bar, Gesetz u. Schuld, III, 32, 49. Ka Roedenbeck, Zweik., 33; Klee, Goldt. Arch. 50, 364. Teataval määral on samal seisukohal ka Ullmann, GS. 37, 536. Nähtavasti erandina on vastava järelduse teotamise korral lubanud ka Kadari, Isikuv.süüteod, 147.

4) Bar, Gesetz u.Schuld III, 33

toimuva teo kohta, mille teobjektiks on teine isik.¹⁾ Kehtiva õiguse seisukohalt on siin otseseks tõenduseks KrS § 426, mis karistatavaks tunnistab tapmise nõusolles, samal ajal kui KrS järele iseenda surmamine karistatav ei ole. Küll tohiks võimalik olla tõmmata paralleelele õiguskorra suhtumisest endavigastustele nõusolles õigusrikkumistele niivõrd, et kui teatav tegu on keelatud kannatanule enesele enda vastu ettevõetuna, siis on tema nõusolu sarnaseks teoks teise poolt ettevõetuna ka irrelevantne.²⁾ Selletõttu peaks osutama igal juhul õigusvastaseks näiteks elutseva hoone süütamine. Veel võiks järeldada ka seda, et kui teatav tegu kannatanu nõusolles ei ole karistatav, siis ei ole seda ka sama tegu toimepandult iseenda vastu, kui viimane küsimus ei oleks niikuinii lahendatud juba teokoosseisude kujundamisega. Sellest ei järgne aga mingil moel vastupidise teesi tõele vastavus, et mis enda vastu toimepanduna ei ole karistav, selle puhul on nõusolu relevantne ja kõik järeldused enda vastu sihitud teo karistamatusest sama kehtimiseks ka kannatanu nõusolles toimuva teo suhtes on väärad.³⁾

Meie võisime juba märkida eelpool, et kui ei leidu seadustiku üldosas mõnda normi expressis verbis, ega oma selle selgitamisel tulemusi ka eriosaliste normide sisu süstemaatiline analüüs, siis ei tähenda see kaugeltki veel, et vas-

1) Vrdl. Gesetz u.Schuld, Bar, III, 48; Nagler, Rechtsw.21.

2) Vrdl. ka Zittelmann, Arch Civ.Prax. 99, 70.

3) Nii ka Bar, Gesetz u.Schuld III, 49.

tav lahendus selles õiguskorras üldse antud ei ole. Siin muutub produktiivseks postulaat õiguskorra ühtlusest, mis tähendab kõigepealt seda, et iga positiivõiguse normi tuleb koos teistega mõista ja iga norm, kus ta ka ei paikneks, tuleb iga probleemi lahendamisel kaasa tõmmata, kui ta enda sisult ainult selleks kohane on.¹⁾ Peame arvestama, et ükski moodne õiguskord ei piirdu ainult ühe seadustikuga. Antud õiguskorraames eraldi süsteemitud normistikud ei ole mingid eraldi ja iseseisvad suurused oma sisult ja ulatuselt, vaid normide paiknemine selliselt on tingitud ainult süsteemimise kaalutlusel.²⁾ Selletõttu on täiesti võimalik, et vaadeldava õiguskorra piirides vastuse ülesseatud küsimusile leiame teistest normide kompleksidest, kaasa arvatud ka kombeõigus. See mõttesuund viib ka nõusolu probleemi lahenduse otsimise väljapoole Kriminaalseadustikku.³⁾

Ühe mitte otseselt Kriminaalseadustikust, kuid siiski kriminaalõigusest laiemas mõttes tuleneva nõusolu probleemi lahendamise võimalusena on näidatud kriminaalprotsessiõigusega loodud vaheteole süütegude jälitamisel. Sellega on mõeldud süütegude kriminaaljälitamisel Kr.Kp.S. § 5 või analoogilise normi läbi loodud erikorraale, mille kohaselt üks osa süütegusid on arvatud jälitatavaks ainuüksi erasüüdistuse või

-
- 1) Vrdl. Honig, Einw., 97; Heinitz, Probl. d. mater. Rechtsw., 47.
 - 2) Vrdl. Nagler, Rechtsw., 90: "Die Aufteilung der Rechtssätze unter die einzelnen Rechtsdisziplinen dient nur als Hilfsmittel unseres systematischen Denkens." Vt. ka ibid, 105.
 - 3) Vt. Bühring, Einw., 28; Schrey, Gegenst. d. Einw., 20. Vrdl. Liszt-Schmidt, Lehrb., 26. Aufl., 177, 179: "Um die Rechtswidrigkeit der Handlung feststellen, die Abgrenzung des objektiv rechtmässigen vom rechtswidrigen Verhalten zu können, muss das Gesamtgebiet der Rechtsordnung in Betracht gezogen werden."

emavaliksüüdistuse korras.

On väidetud, et selle protsessiõigusliku normiga on lahendus antud nõusolu probleemile ja nimelt selliselt, et kõigil nende süütegude korral, mis jälitatakse ei ole avaliksüüdistuse korras, tuleks lugeda kannatanu nõusolu relevantseks.¹⁾ Eriliselt rõhutab seda seisukohta Minc, kes nõusolu õigusvastasust kõrvaldava toime põhjendab täiel määral ainuüksi erasüüdistuse korra abil ja ainult erasüüdistuse korra piires nõusolule tähendust omistada tahab.²⁾ Teiste autorite seisukohad on reserveeritumad,³⁾ kuid väga mitmelt poolt leiab siiski rõhutamist väide, et teatavate süütegude puhul seadusandja poolt süütegude jälitamisel erasüüdistuse korra kehtima panemine näitab seda, et nendel juhtudel vastavat õigusvara vastu kannatanu tahtmist õiguslikult kaitsta ei ole tahetud. Järeldus siit viiks paratamatult sellele, et erasüüdistuse korras jälitatakse süütegude korral on nõusolu relevantne. Tõepoolest näib ka nii, et seadusandja erasüüdistuse korra loomisega annab määrava tähenduse kannatanu tahtele⁴⁾ ja selletõttu satuks iseendaga vastuollu, kui erasüüdistuse korra olemasolul teatavate süütegude osas nende samade süütegude suhtes ei osutuks kannatanu nõusolule õigusvastasust kõrvaldavat tähendust. See tähendaks siis seda, et kannatanu tahtest piisaks

1) Dohna, Rechtsw., 149; Holer, Einw., 104; Hartmann, Grünh. Zeitsch., 27, 761. Teataval mõõdul ka Bar, Gesetz u. Schuld III, 58; Honig, Einw., 125.

2) Minc, Kurs ugodovn prava I, 54.

3) Peale eelmärgitute olgu nimetatud veel Frank, kes on aga eriti ettevaatlik, väites: Im Zweifel ist anzunehmen, dass das einem Antragsdelikt zugrunde liegende Verbot nur im Interesse des Verletzten ergangen ist, dessen Einwilligung also die Rechtswidrigkeit ausschliesst. Vrdl. Frank, Kom. 133.

4) Nii ka Honig, Einw., 123

küll kriminaaljälitamise algatamise takistamiseks ja algatatud jälitamise katkestamiseks, ei piisaks aga juba ette loa andmiseks vastavaks teoks. Loogiline näiks olema, et samal määral, kui seaduse mõtte kohaselt kannatanu tahtele on määrav tähendus antud süüteo jälitamiseks, peaks see omama relevantsi ka õigusvastasuse kõrvaldajana.¹⁾ Vastupidine seisukoht oma praktilistes resultaatides viiks võimatusteni õiguspoliitiliselt vaatekohalt, sest ei tohiks õige olla, et isik, kes kehtivate normide järele õigustatud on teatavat tegu avalikust kriminaaljälitamise võimalusest kõrvaldama ja kes koguni teist isikut õhutab ja soodustab tema vastu mingi erasüüdistuse korras jäliatava teo, näit. varanduse rikkumise ettevõtmisele, võiks peale teo toimepanekut siiski kriminaaljälitamist algatada ja teo toimija karistamisele viia. Kuid pole asjatu siinsamas veel üleliigne kord kinni naelutada, et õiguspoliitiliste argumentidega positiivse õiguse dogmaatikas töötamine oleks meetodiliselt vale. Sellepärast nii ebaloogiline kui oma konsekventsides see olla ei võigi, peame meie meeles pidama, et meie ei või silmist lasta, et kriminaalprotsessiõiguse mõiste erasüüdistuse korrast jääb kehtivas õiguses oma süstemaatiliselt asendilt kui ka sisult täiesti ainuüksi protsessiõiguslikuks mõisteks.²⁾ Sellest järgnevalt ei oma jälitamise al-

1) Vrdl. Honig, Einw., 125; Hartmann, Grünh.Zeitsch., 27, 761.

2) Vrdl. Metz, Z.Frage d.Einw., 9, 42; Frank, Kom.18,Aufl.,146; M.E.Mayer, Lehrb., 291: "Offenbar unterstehen die beiden Fragen, ob man sich einen Eingriff in ein Rechtsgut gefallen lassen will und ob man den widerwillig erduldeten der gerichtlichen Bestrafung ausliefern will, total verschiedenen Gerichtspunkten."

gatamise kannatanu tahtest sõltuvaks tegemine mingit materjaal-õiguslikku toimet.¹⁾ Omalt õiguslikult olemiselt on jälitamise õigus ja nõustumine toimuva süüteoga sootu erinevad mõisted,²⁾ mispärast järeldus ühelt teisele mõeldamatu on. Nii kehtiva Kr.Kp.S. § 5 ei ütle rohkemat, kui et seal loetletud juhtudel ei ole süüteo jälitamine võimalik teisiti kui kannatanu kaebtusel. Mingit materjaalõiguslikku normi temast välja lugeda ei saa. Selletõttu de lege lata peab tunnustama, et Kr.Kp.S. § 5 alusel võimalust ei ole väiteks, et erasüüdistuse korras jälitatavate süütegude puhul õigusvastasus kõrvaldatud oleks, kui kannatanu juba ette nõustunud on teoga, milles ta pärast loobub resp. loobuda võib süüteo jälitamise algatamisest.³⁾ Selle eitava seisukoha veenvusega arvestades,⁴⁾ osa autoreid ei püüagi väita nagu nõusolu erasüüdistuse korral kõrvaldaks õigusvastasuse, vaid tõmbavad ainult sarnase järelduse, et nõusolu sarnaseks teoks sisaldab endas loobumist õigusest algatada süüteo jälitamist.⁵⁾ Oma praktilises efektis viiks see seisukoht samale tulemusele, kui nõusolu tähenduse jaatamine õigusvastasust kõrvaldava alusena, oma teoreetilises konstruktsioonis oleks see aga sootu midagi muud. Sel korral ei oleks probleemiks nõusolu suhe õigusvastasusele, mis viimane järelikult ka erasüüdistuse korras jälitatavate süütegude korral püsima jääks, vaid küsimuse alla

-
- 1) Nii väga veenvalt Kessler, Einw., 19; Kiehl, Goldt.Arch.54, 366, 374, 385; Bühring, Einw., 28.
 - 2) Vt. ka Klee, Goldt.Arch.48, 204. Seda võtab omaks ka Honig, Einw., 125
 - 3) Vrdl. Kessler, Einw., 19; Yoski, Einw., 18; Gerland, V.D.A.T. II, 497; Liszt-Schmidt, Lehrb., 324.
 - 4) Seda ei saa täiel määral tunnustamata jätta ka need, kes erasüüdistuse korras loodavad saada vastust nõusolu probleemile Vrdl. näit. Holer, Einw., 103.
 - 5) Nii Breithaupt, Kronecker, Finger. Vrdl.Hartwig, GS.83, 31; Gerland, V.D.A.T. II, 497.

tuleks nõusolu erilise protsessuaalse kriminaaljälitamise algamise takistusena selles eri olukorras. Viimasel põhjusel jääb see väide õieti meie probleemi raamidest välja. Mõõda minnes olgu ainult märgitud, et kehtiva õiguse kohaselt avalik-õigusliku õigustuse kaotamiseks ei piisa eraviisiliselt kokkuleppest, veel vähem üksikute tahte kokkulangemisest, vaid sarnase õigustuse kaotamiseks eelmärgitud viisil peaks otsima objektiivse õiguse sätteid. Sarnaseid aluseid, mis nõusolule sarnase jälitamise algatamise õiguse kaotamise toime annaks, ei saa meie leida kehtivast positiivsest õigusest.¹⁾

Üldiselt peab silmas pidama kõigi väidete juures, mis baseeruvad erasüüdistuse instituudil, kui kriminaaljälitamise erikorral, et siiski ka erasüüdistuse korras jälitatavad teod on materjaalõiguslikult süüteo üldises mõttes ja mitte mingid delicta privata, mis ainult kahe isiku, tegija ja kannatanu, omavahelist suhet fikseeriks. Oleks üldse isegi ekslik väita, et erasüüdistuse kord näitab, millal ainult üksikisik ja millal üldsus ka teatava teo mittetoimumisest huvitatud on. Üldsus on iga süüteo, kaasa arvatud ka erasüüdistuse korras jälitatavad süüteo, mittetoimumisest interesseeritud. Ja erasüüdistuse kord ei näita, millal ühe või teise süüteo puhul üksiku huvi ainuüksi kaitstud on, sest selle jälitami-

1) Vrdl. Yoski, Einw., 32.

se korra rakendamiseks on teisi põhjusi.¹⁾ Vastasel korral ei oleks mõistetav, kuidas ühe ja sama süüteo puhul, olenevalt teo erilistest komponentidest võimalik on kord avalikküsüüdistuse, kord erasüüdistuse kord.²⁾ Sarnase olustiku võimalusel meil on raske väita üksikjuhtumi kohta, miks nimelt on vastav tegu jälitav erasüüdistuse korras, millal nimelt on üks või teine põhjus olnud ainukene või määrav vastava teo arvamuseks erasüüdistuse korras jälitavate süütegude hulka. Tihti ei taha seadusandja, et asjaolud vastu kannatanu tahet avalikkusesse tuleksid. Sel korral on seadusandjal küll huvi vastava õigusvara kaitseks ja ta ei soovi rünnet selle vastu, kuid on vastava õigusvara rike siiski toimunud, siis jätab ta kannatanule valiku võimaluse kriminaaljälitamise alustamiseks või mittealustamiseks.³⁾

Ainult siis kui õiguslik kaitse ainult kannatanu hüvede kaitseks ja tema tahtest olenevaks on määritletav, võime nõusolu relevantsi eeldada.⁴⁾ Kõikide erasüüdistuse korral jälitavate süütegude puhul meie sarnast ainult kannatanu hüvede silmaspidamist tõendada ei või, järelikult ei ole ka erasüüdistuse korra abil võimalik saada soovitud tulemust - anda üldine reegel nõusolu toime kohta.

Sellega ei eita meie muidugi, et ka kehtiva õiguse järele erasüüdistuse korras jälitavate süütegude korral nõus-

1) Vrdl. Honig, Einw., 127; vrdl ka Klee, Goldt.Arch.48, 204: "Bei diesen Delikten tritt das öffentliche Interesse an der Bestrafung der Verneinung fremden Willens zurück teils von der uninteressierten Gleichgültigkeit, teils vor dem positiven Interesse des verletzten Individuums an der Nichtverfolgung der Handlung."

2) Vt. Bühring, Einw., 28. Olgu juhitud tähelepanu Kr.Kp.S. § 5 viimases lauses tähendatud süütegudele.

3) Vrdl. Bühring, Einw., 28; Frank, Kom.18 Aufl., 200

4) Vrdl. Honig, Einw., 127.

olu ka tähenduse võib omada õigusvastasust kõrvaldava asjaoluna.¹⁾ Meie peame pidama ainult küsitavaks, kas selleks nõusolu relevantsi tunnustamise aluseks võib pidada seda, et süüteo jälitamiseks on märgitud eelmainitud kord. Aga meie mõõname isegi, et teatavail juhtudel võib erasüüdistuse korra määritlus aluseks olla vastava süüteo korral nõusolu relevantseks tunnustamiseks. See on mõeldav siis, kui tõendatav on, et vastava teo erasüüdistuse korras jälitatavaks tunnustamine on sündinud põhjusel, et selle teo kaitseobjektiks on ainult üksiku isiku hüved. Kuid ikkagi peame jääma seisukohale, et katse süüdistuse algatamise korra kohta käivaist normest tuletada üldist reeglit nõusolu toime kohta on nurjunud. Ja kui ka osutukski õigeks, et erasüüdistuse korras jälitamise algatamise õigus tähendab alati seda, et ka kannatanu nõusolu teo õigusvastasuse kõrvaldamiseks võimaline on, siis sellega ei ole tõsitatud veel teine pool teesist, et jälitamise algatamise kord annab üldise reegli nõusolu toime kohta. Nimelt vajaks veel täiesti iseseisvat põhjendust see, et nende süütegude kord, mis on jälitatavad avaliku süüdistuse korras, nõusolu ei võiks omada relevantsi.²⁾ Et see nii ei ole kehtiva õiguse järele näitas süüteo teokoosseisude analüüs, vähemalt niivõrd, kui küsimuses oli nõusolu tähendus süüteo teokoosseisudest tulenevalt. Kas see õigusvastasuse seisukohalt nii on, seda võib kinnitada

1) Et de lege lata see nii olla võiks ja olema peaks näit. Gerland, V.D.A.T. II, 526; Honig, Einw. 123.

2) Vrdl. Honig, Einw., 127; M.E.Mayer, Lehrb., 291.

alles peale üksikasjalikku kehtiva seaduse läbitöötamist. Ikkagi aga oleks aluseta väide, et sellepärast ei või omada nõusolu relevantsi, et süütegu kuulub nende liiki, mis on jälitatavad avaliksüüdistuse korras. Kindlasti kriminaalõiguse avalikõiguslikust iseloomust järgneb üldine huvi teatavate tegude ärajäämiseks. Aga kas see üldine huvi sõltumata on vahe-
tu teoobjekti suhtumisest teosse, või ainult siis rakendub ja vastava süüteona kvalifitseerib, kui ka teo otsene objekt endale kaitset soovib, see iseendast kriminaalõiguse avalikõiguslikust iseloomust ei järgne.¹⁾ Selletõttu võib protsessuaalselt teatav tegu küll olla kvalifitseeritav ka avaliksüüdistuse korras jälitatava süüteona ja ometi osutada õigusvastaseks ainult siis, kui selleks teoks puudub kannatanu nõusolu. Kas see võimalus on kasutatav meie kehtivas õiguses, peab näitama kehtiva õiguse analüüs.

Kokku võttes peame tunnustama nurjunuks ka tee, leida süüteo jälitamise korra kaudu nõusolu probleemi lahendust.

Nõusolu probleemi lahenduse otsimisel väljaspool kriminaalseadustikke paiknevaist normest on aga eriliselt tähelepanu äratanud tsiviilõiguslik normistik, kui peamiselt mõeldav normide kogum, millede kaudu eeldada võiks üksikisiku tahete tähenduse lahendamist. Katseid sellel teel saavutada probleemi lahendust on olnud varemgi,²⁾ tervikliku õpetuse ja põ-

1) Vrdl. Rosin, Vestn.prava 1899, lhk.113

2) Vrdl. Klee, Goldt.Arch.48, 198, 199

histuse sarnaseks lahendamise viisiks andis aga Zittelmann.¹⁾ Zittelmann'i vaatekoha põhistusiks on kogu õiguskorra ühtlus ja õigusvastasust rajavate ja seda kõrvaldavate normide ühtlane ja üldine kehtivus, vaatamata nende normide paiknemisele.²⁾ Selle seisukohaga tuleb ühineda. On ükskõik kus asub norm, mis määritleb õigusvastasuse kõrvaldamise; samaväärselt Kriminaalseadustikuga võib see asuda nii tsiviilõiguslikes kui ka näiteks haldusõiguslikes normistikes. Iga avalik- või eraõiguslik norm, mis lubab või käseb teatava teo toimimist, muudab selle õigusvastasuse vaatamata tema kriminaalõiguslikule teokoosseisule vastavusele.³⁾ Tuleb tunnustada, et kui õiguskord teatava eraõigusliku või avalikõigusliku õigustuse minigiks teoks tagab, siis toimuv tegu ei saa olla ka kriminaalõiguslikult õigusvastane. Selletõttu on täielik alus otsida nõusolu tähendusele normatiivset alust ka tsiviilõiguslikest normest. Kuid sellejuures peab pidama silmas, et sarnasel otsingul meie jääksime normide täpse sisu piiridesse. Kui meie järeldused tulenevad aga üldistest põhimõtetest ja teatava mõiste juriidilisest loomusest, siis on väga oluline pidada meeles üksikute õigusnormistikude printsiipide erinevust. Viimases ongi Zittelmann komistanud. Tema väide, et tsiviilõiguses on isik õigustatud kujundama teatavais piirides õigussuhteid,⁴⁾ on õige tsiviilõiguse kohta, kuid oleks

1) Zittelmann, Ausschluss der Widerrechtlichkeit, Arch.f.d.ziv. Prax. 99, 1-130.

2) Vt Zittelmann, Arch.ziv.Prax., 11 j.j.

3) Nii ka Mezger, 160; Hippel Deutsch, Strafr. II, 190, Metz Z. Frage d. Einw. 16; Bar, Gesetz u. Schuld III, 7; Liszt-Schmidt, Lehrb., 141. Eriti Heinitz, Probl. d. mater. Rechtsw. 47: "Nun folgt aus dem Postulat der Einheit des Rechts, jedenfalls das Zwingend, dass eine Handlung, die nach dem Bürgerlichem Rechte erlaubt und rechtmässig ist, nicht gleichzeitig in strafrechtlicher Hinsicht rechtswidrig sein kann." Vrdl. ka Lobe, Leipz. Kom., 26 ja Nagler, Rechtsw., 105.

4) Zittelmann, Arch.ziv.Prax. 99, 48.

ekslik selletõttu seda ka õigeks pidada kriminaalõiguses. Seda teeb aga Zittelmann, lähtudes tsiviilõigusliku õigusliku tehingu mõistest nõusolu probleemi lahendamisel. Eelduseks selle juures on, et tsiviilõiguses nõusolu õigusliku tehingu vormis vaidlematult õigusvastasust kõrvaldava tähenduse omab.¹⁾ Nüüd järeldeb Zittelmann, et kuna täpsemad õigusnormilised määratlused puuduvad nõusolu kohta kriminaalõiguslikus ulatuses, siis tuleb nõusolu tähendust tunnetada nõusolu tsiviilõigusest pärineva õigusliku loomuse kaudu. Kõige selle lõpptulemuseks on väide, et iga nõusolu tuleb mõista õigusliku tehinguna, millest järgneb tsiviilõigusele tuginedes, et iga nõusolu evib õigusvastasust kõrvaldavat toimet.²⁾ Kahtlematult on sellest mõttekäigust õige see, et tsiviilõiguses nõusolu teo õigusvastasuse kõrvaldab. Meie kehtivas tsiviilõiguses on see seisukoht sõnaselge väljenduse leidnud,³⁾ kusjuures selleks efektiks tarvilik on, et toimuv tegu ei rii- vaks kolmandate isikute õiguslikke huve.⁴⁾ Et aga iga nõusolu tuleb mõista õigusliku tehinguna ja selletõttu tsiviilõiguslikud normid nõusolu toime kohta tingimata iga nõusolu suhtes kohaldatavad on, selle väite on ekslikuks pidanud kogu valitsev literatuur.⁵⁾ Ikka on õigusega rõhutatud, et tuleb pidada silmas, et meie ei vahetaks ära nõusolu kui õigusvastasust kõrvaldavat alust nõusoluga, kui õigusliku tehingu-

1) Zittelmann, Arch.ziv.Prax.99, 54. Siin juures mõistame meie õiguslike tehinguna nii ühekülgeid tehinguid kui ka lepinguid. Nii ka Zittelmann, ibid.60.

2) Zittelmann, Arch.ziv.Prax.99, 48, 53

3) B.Ts.Õ. § 3285

4) Vt.Bukovskij, Kom.II,1300

5) Zittelmann'i seisukohal veel ainult Fischer, vrdl.Frank, 132 ja Metz, 16 j.j. Varem ka Frank. Alates Franki Kom.16.väljaandest Franki seisukoht ühtub valitseva teooriaga Vrdl.Frank, Kom.18 väljaanne, 141, Traeger, GS.94, 146, 147.

ga.¹⁾ Nõusolu tsiviilise õigusliku tehingu elemendina tuleb vaidlematult arvestamisele ka kriminaalõiguses õigusvastasust kõrvaldava alusena. Selles on Zittelmann'il õigus²⁾ Tõepoolest, kui kellelgi on tsiviilõiguslik subjektiivne õigus anda nõusolu teatavaks teoks ja ta selle annab, siis ei või selle nõusolu alusel toimuv tegu olla õigusvastane ka kriminaalõiguslikult, kuigi ta seda muidu olnud oleks. Aga sellest on vähe nõusolu kohta üldise printsiibi püstitamiseks kriminaalõiguse ainestiku ulatuses. Õiguskorra ühtluse postulaadist järgneb ainult see, et need alused, mis tsiviilõigus tõeliselt loob õigusvastasust kõrvaldavatenä, on samavõrd ja üheaegselt sama toimega ka sarnaste käitumiste puhkudel, mis kriminaalõiguslikkudele süüteo teokoosseisudele vastavad. Ei järgne aga sellest mingit analoogia õigustust tsiviilõiguse normest kriminaalõiguse valdkonda. Peame pidama silmas, et iga õigusnorm laseb ennast mõista ja rakendada ainult selle institutsiooni elemendina, millest ta pärineb.³⁾ Tsiviilõiguse ja kriminaalõiguse ainestik üldiselt on aga lahkuminev. Tsiviilõigus normib ainult sarnast käitumist, millest sõltuvad eraõiguslikud tagajärjed ja piiritleb vastavaid eeldusi just nende tagajärgede saabumise või mittesaabumise seisukohalt, käsitades peamiselt varalisi õigussuhteid üksikute õigussubjektide vahel.⁴⁾ Selletõttu on tsiviilõiguslik ja kri-

1) Vt Mezger, GS.89, 275, 276.

2) Zittelmann, Arch.Civ.Pax. 99, 56: "Zurückbleiben kann demnach das Strafrecht in die Anerkennung der Einwilligung als eines Grundes für den Ausschluss der Rechtswidrigkeit hinter der Privatrecht niemals " Vrdl. ka Frank, Kom.136/137; Liszt-Schmidt, Lehrb., 204; Mezger, Lehrb., 208.

3) Vrdl. Loebe, Leipz., Kom.26 Vrdl. ka Bar, Gesetz u.Schuld III, 7

4) Vt. Erdmann-Gredinger, Objazatelstvennoe pravo, 598; Tjutrjumov, Graždanskoe pravo, 2 j j. Vrdl. ka Klee, Goldt.Arch.48, 197: "Gegenstand eines Vertrages sind nach geltendem Civilrecht nur Vermögensrechte, abgesehen von gewissen Beziehungen familienrechtlicher Art "

minaalõiguslik ainestik ühtuv ainult vähestes punktides, nimelt selles osas, kus kriminaalõiguslikku kaitset leiavad eraõiguslikku laadi õigusvarad.¹⁾ Ainult kui teatav õigusvara kuulub tsiviilse käibe valdkonda, võib tema rikkumisel arvesse tulla nõusolu reglementeerimine tsiviilõiguslike normide abil.²⁾ Sarnastena tuleb erilist tähelepanu pöörata varavastastele süütegudele. On kindel, et siin varaline õiguslik tehing, mis teo toimepanijale õigustuse teoks annab, kriminaalõigusliku õigusvastasuse kõrvaldab. Sel korral on meil tegemist vastava tsiviilõigusliku instituudiga, mille kohaselt õigussuhe kujuneb ja kus nõusolu sarnasena ainult vahendlikselt tähenduse omab.³⁾ Enamikult käsitab kriminaalõigus aga tegusid sarnaste õigusvarade vastu nagu seda on isikuvastaste süütegude puhul elu, tervis, vabadus, au, suguline puutumatus, mis kuuluvad väljaspoole tsiviilõiguslikku normistikku, on tsiviilõiguslikult *res extra commercium*.⁴⁾ Kui ka sarnastes piirides üldse tsiviilõiguslik tehing mõeldav oleks, siis niivõrd kui see puudutab nõusolu vastavate õigusvarade rikkeks, oleks see tehing tühine B.Ts.Ö. § 2366, 3160 alusel või eriliste normide puudumisel kui tehing heade kommete vastu B.Ts.Ö. §§ 2922, 3159, 3183, 3214, 3719 alusel. Õigusega märgib Hippel, et veel vähem võib tegu, mis üldiselt süüteo teokoosseisule vastav ja karistatavaks tunnustatud on, enda

1) Vrdl. Klee, Goldt.Arch.48, 197; Mezger, GS.89, 277; ka Frank, Kom.133.

2) Vrdl. Loebe, Leipz.Kom.45; Traeger, GS.94, 148; Frank, Kom. 18.Aufl., 142.

3) Nii Mezger, GS.89, 276. Vrdl. ka M.E.Mayer, Lehrb., 292.

4) Vrdl. Klee, Goldt.Arch.48, 197: "Unser heutige Recht gibt keine actio aus einem pactum de necando, aus einem Versklavungs- oder Schelmenschiltungsvertrag. Shylock - Verträge haben keine Stätte in dem Rechte der civilisierten Staaten." Vt. B.Ts.Ö. § 2921.

õigusvastasust kaotada juhul kui ta heade kommete vastu käib.¹⁾ Üks võimalus siiski tsiviilse õigusliku tehingu alusel anda vastus nõusolu probleemi lahendamiseks üldisel kujul oleks see, kui täielikult piirata nõusolu tähendust nende süütegude peale ja nendesse piiridesse, kus võimalik on nõusolu õigusliku tehingu vormis. See tähendaks seda, et kõigil neil juhtudel, kus nõusolu ei esine, resp. ei saa esineda õigusliku tehingu vormis, oleks nõusolu kriminaalõiguses irrelevantne. Sellele Zittelmann viitab ka, misjuures aga arvestada tuleb, et omalt piiridelt Zittelmann'i seisukohalt on õiguslik tehing palju avaramalt seatud, kui meie seda õigeks peame. Kuid ka Zittelmann jätab reservatsiooni, et kriminaalõiguslike normidega võivad need piirid veelgi avardatud saada.²⁾ Viimasest võimalusest aitab, et meie vaatepunktilt kogu teooriat kasutuks teha. Kui on võimalus, et kriminaalõiguslike normidega nõusolu probleem täiendavalt laheneda võib, siis ei ole tuginemisest tsiviilõigusliku õigusliku tehingu mõistele küllalt, et anda lõplikku ja otsustavat nõusolu probleemi lahendust üldisel kujul. Järelikult peab pidama ebaõnnestunuks ka selle katse nõusolu üldise lahenduse otsimisel.³⁾ Sellest võib olla kahju, sest on põhjendatult väidetud, et ainult selle õigusliku tehingu teooria kaudu meie saaksime võrdlemisi kindla aluse oma probleemistikule, eriti just nõus-

1) Vt Hippel, Deutsch.Strafr.II, 245. Vrdl ka Honig, Einw., 137. Teisel seisukohal Bar, Gesetz u.Schuld III, 8.

2) Zittelmann, Arch.ziv.Prax.99, 56, 57

3) Nii näit.ka Bar, Gesetz u.Schuld III, 54; Hippel, Deutsch.Strafr. II, 248; Liszt-Schmidt, Lehrb., 157; M.E.Meyer, Lehrb. 290.

olu eelduste osas ¹⁾ Kuid päris kindel on ka, et selleks, et saaks jääda kindlale pinnale, ei saa probleemi ette teha kitsaks.

Lõpuks ei saa küll eitada veel võimalust, et kombeõigus aluse nõusolu tähenduse tunnustamiseks anda võiks. On vaieldamatu, et KrS § 1 väljendatud seaduslikkuse nõue õigusvastasust kõrvaldavate aluste kohta ei laiene ²⁾ Näitena võiks märkida, et Frank vähemalt teatavate vabadustvõtivate tegude puhul kombeõigusele kui õigusvastasust kõrvaldavale alusele näitab ³⁾ Printsibis oleks see õige, aga kombeõigusele tuginemine jääks siiski väga nõrgaks pinnaks, eriti just üldise reegli püstitamiseks, sõltuvalt kombeõiguslike normide loomusest. Ja oletada kaasajal, kus seadusandlus nii intensiivne on, et seadusandja tunnustades küll nõusolu üldiselt õigusvastasust kõrvaldava alusena, selle siiski määritleda on jätanud kombeõiguslike normide kaudu, ei tundu kõige usutavana.

Kui kokku võttes hinnata kõiki eeltoodud katseid lähendada nõusolu probleemi üldisel kujul ja arvestada vastavate tulemustega kehtiva KrS seisukohalt, siis peab jääma seisukohale, et vähemalt üldise reegli kujul nõusolu tähendust kehtiva KrS järele tunnustada ei saa. Peab jääma ka seisukohale, et kui ei selgu eriliselt mõnda alust, antud korral nõusolu tähendust õigusvastasuse kõrvaldamiseks, siis süüteo

1) Nii oli Franki argument varemates kommentari väljaandes.
Vrdl. Mezger, GS.89, 276.

2) Vrdl. Dohna, Rechtsw., 101; Mezger, Lehrb., 85; Frank, Kom. 132.

3) Vrdl. Frank, Kom.134.

teokoosseisupärane tegu jääb õigusvastaseks.¹⁾ See õigusvastatus võib kõrvaldatud saada küll aga mõnede süütegude liikide puhul, siis peab aga nende süütegude või nende liikide osas nõusolu vastav tähendus positiivse õiguse normest eraldi selguma.

1) Vrdl. Mezger, Lehrb., 184: "Der Gesetzgeber kann eine bestimmte Handlung nicht entschiedener missbilligen, verbieten und als Unrecht stempeln, als dass er ihre Vornahme mit Strafe bedroht. Indem er sie so unter Strafe stellt, verbietet er sie. Die Begründung der Rechtswidrigkeit der Handlung liegt im Strafgesetze selbst."

6. peatükk.

Nõusolu õigusvastasust kõrvaldav toime kehavigastuste korral.

Et nõusolu toime kehavigastuste korral ei lahene kehavigastuste teokoosseisu analüüsiga, siis tõuseb paratamatult küsimus, kas ei ole kehavigastuste korral nõusolu õigusvastasust kõrvaldavaks aluseks. On nimelt teo õigusvastasus iga süüteo mõõdapääsmatuks mõisteliseks eeltingimuseks. Kehavigastusena kvalifitseeritava teokoosseisu karistatavus näitab iseendast, et sarnaselt määritletav tegu õiguskorra poolt õigusvastaseks loetud on.¹⁾ Peaks ühel või teisel erijuhul sarnane üldiselt süüteks arvatud teo õigusvastasus lakkama olemast, siis on selleks tarvilikud erilised alused. Neid erilisi aluseid teokoosseisupäraselt õigusvastaseks eeldatava teo õigusvastasuse kõrvaldamiseks võime olevaks pidada aga ainult siis, kui selleks on olemas vastavaid erilisi positiivõiguslikke määritlusi.²⁾ Analüüsides nõusolu õigusvastasust kõrvaldavat toimet üldisel kujul pidime nentima, et mingit üldreeglit nõusolu toime kohta kehtivast õigusest välja loetav ei ole, küll võib aga probleem positiivses õiguses lahenduse leida üksikute süütegude korral. Kas kehavigastuste korral nõusolule õigusvastasust kõrvaldava toime omistamiseks on positiivõiguslikke aluseid, selles seisabki nüüd meie probleem.

1) Küsimus, kas teokoosseis õigusvastasuse suhtes esineb ratio essendi või ratio cognossendi tähenduses, antud seisukohast on olutu ja jääb meie vaatluses kõrvale. Selle kohta lähemalt Mezger, Lehrb., 182 j.j.

2) Vt Nagler, Rechtsw., 105: "Auch die Ausnahmen von der Norm können natürlich nur dem positiven Rechts entlehnt werden." Vrdl. ka Bühring, 23. Oleks ekslik kui kehtiva seadustiku vaikimisel meie hakkaksime lahendust otsima mingitest teisest kaalutlustest väljudes Nii siiski Kiehl, Goldt.Arch. 54, 363

Esitatud küsimusega siirdume meie kõige vaieldavamale teemale kogu nõusolu probleemi ulatuses.¹⁾ Olgugi, et üldise printsiibi püstitamiseks nõusolu õigusvastasust kõrvaldava toime kohta arvamised sugugi kokku ei lange ja et nõusolu õigusvastasust kõrvaldava toime on lahkuminevat vastamist leidnud ka teiste üksikute süütegude puhul, on seisukohtade erinevus kõige teravam kuju võtnud just kehavigastuste osas.²⁾ Nii väidavad kehavigastuste puhul täielikku nõusolu irrelevantsi Saksa Reichsgericht ja literatuuris Oppenhoff, Hälschner, Liszt, Klenner, teatava reservatsiooniga ka Bühring ja Kiehl. Sellevastu omistavad nõusolule kehavigastuste korral nõusolule õigusvastasust kõrvaldava aluse tähendust terve rida autoreid, nagu Binding, Kessler, Olshausen, Ullmann, Roedenbeck, ka Tagantsev, Saarmann-Matto. Lisaks sellele ei puudu ka teatav vahepealne seisukoht, mis tahab tunnistada nõusolu tähendust ainult mõningate kehavigastuste liikide puhul. Viimast seisukohta kaitsevad Breithaupt, Bar, Holer, Frank, Kadari.³⁾ Sarnase arvamiste lahkumineku põhjuseks just kehavigastuse korral on mitmeid asjaolusid. Peamiselt on olulisemaiks tegureiks aga see, et ühelt poolt nõusolu probleem just eriti kehavigastuste puhul tegelikkuses kõige sagedamini kerkib, olgu siin tähendatud vaid arstlikule ope-

1) Vrdl. näit. Hartwig, GS.82, 316, 324; Hartmann, Grünh.Zeitsch., 27, 750; Traeger, GS.94, 119; Rosin, Vestn.Prava 1899, 115.

2) Vt. Yoski, Einw., 31; Holer, Einw., 122 ja eelpool lhk.51.

3) Vrdl.vastavad ülevaated Bar, Gesetz u.Schuld III, 59; Frank, Kom.133; Liszt-Schmidt, Lehrb.,325; Hartwig, GS.82, 324; Holer, Einw., 122; Bühring, Einw., 32; Traeger, GS.94, 119; Klenner, Die Tötung auf Verlangen, 41, 52; Kessler, Einw., 73; Roedenbeck, Zweik., 38; Ullmann, GS.37, 555; Olshausen, Kom.II, 1012; Eesti ja Vene kriminaalõigusteaduse seisukoht vaata Tagantsev, Russkoe Ugolovnoje Pravo I,491; Saarmann-Matto, Kom.2; H.Kadari, Isikuv.süüteod, 62.

ratsioonile, võistlusmängudele,¹⁾ teiselt poolt aga see, et kehtivad õiguskorrad just kehavigastuste korral nõusolu tähenduse fikseerimisel kõige napimad on.²⁾ Lisaks sellele tuleb arvesse ka asjaolu, et kehavigastuste puhul kaitstavaks õigusvaraks on isiku tervis, mille suhtes nii isiku enda kui ka ühiskonna vaatepunkt on väga tundelik. Selletõttu on ka väga sagedased segunema dogmaatilisse vaatlusse argumendid otstarbekuse ja õigluse seisukohalt, mis loomulikult silmas peetud võivad saada ainult de lege ferenda, kuid millede esilekerkimine tihtigi on nii komplitseeritud vormis, et vahetegu kehtiva ja soovitava vahel läheb väga raskeks.

Kõik need argumendid on meilegi aluseks just kehavigastuste korral nõusolu probleemi eriliselt vaatluse alla võtta.

Eelneva käsitlesega oleme pidanud jõudma järeldusele, et kehtiv õigus nõusolu õigusvastasust kõrvaldava alusena üldises printsipis ei tunne. Nagu märgitud tähendab see aga seda, et niivõrd kui eriosalised normid üksikute süütegude korral küsimust ei lahenda teisiti, tuleb asuda seisukohale, et nõusolu ei kõrvalda teo õigusvastasust. Järelikult langeb ka kehavigastuste korral nüüd kogu küsimuse raskus nendele normidele, mis eriti kehavigastusi käsitavad, või mis seoses eriti kehavigastustega viimaste suhtes nõusolu probleemistiku lahendamisel produktiivseiks võiksid osutada. Sellejuures keh-

1) Vrdl. Gerland, V.D.A.T. II, 498. Kas arstliku operatsiooni õigusvastasuse küsimus sõltuv on nõusolu toimest, see on muidugi küsimus omaette. Siinkohal tuleb ainult silmas pida, et arstlik operatsioon, vähemalt mõnes oma ilmutusvormis, näit iludusoperatsioon, võib sõltuv olla nõusolu probleemist ja et selle võimaluse tõttu just arstlik operatsioon on teinud nõusolu probleemi lahendamise pinevaks. Vrdl. Rich. Schmidt, Verantw.d.Arztes, 56.

2) Vrdl. Holer, Einw., 124.

tiva õiguse üldise valitseva seisukohaga nõusolu küsimuses ei saa meie üldse arvestada. Sest kuigi ühelt poolt üldises printsiibis Kriminaalseadustik nõusolu suhtes tema relevantsi jaatavat seisukohta ei jaga, on kogu seadustikus esinevate teokoosseisude analüüsi tulemus sarnane, mis näitab, et nõusolule teokoosseisu elemendina on kogu seadustiku ulatuses väga paljudel juhtudel relevantsi omistatud. Samuti on nõusolu relevantsi jaatamiseks õigusvastasust kõrvaldava alusena teiste süütegude puhul väga kaaluvaid argumente, välja arvatud nõusolu surmami- seks, mille puhul nõusolu õigusvastasust kõrvaldav toime leiab üldiselt eitamist KrS § 426 alusel. See kõik näitab, et isegi mingit tendentsi teatava lahenduse suunas pole meid mõjutamas meie kitsa küsimuse osas. Kas nõusolu on kehavigastuste korral relevantne või mitte, see kõik jääb täiesti sõltuma järgnevast eriosaliste kehavigastust puudutavate normide analüü- sist

Nõusolu tähenduse lahendamiseks ainult kehavigastuste piires on olnud kõige üldisem seisukoht see, et lahendus sõl- tub sellest, kelle huvi kehavigastusega rikutakse. See tähen- dab lahenduse raskuspunkti paigutamist kehavigastuse karista- tavaks tunnustamisega kaitstava õigusvara mõistele. Sellejuu- res on väidetud ühelt poolt, et vastava seadustiku järele on terviserikke tekitamise karistatavus leidnud aset ainult selle üksikisiku huvides, kelle tervist rikutakse.¹⁾ Kui see nii

1) Nii Hartmann, Grünh.Zeitsch., 27, 750, eriti veenvalt aga Kessler, Einw., 72. Vt. ka Yoski, Einw., 33.

oleks, peaks küll järeldama, et selle üksikisiku loobumine enda huvist tervisele peaks kaasa tooma vastava seadustiku seisukohast ka sarnaselt nõusolles toimuva terviserikke mittekaristamise. Raskus ongi aga selles, et tõendada sarnast postulaati, et terviserikke tekitamise karistatavus on tingitud ainuüksi teobjektiks oleva isiku interessi kaitsmise tahtest, pole kellelgi õnnestunud. Kui näiteks Hartmann küsimusest sel teel lihtsalt üle saab, et konstateerib seadustikus mitteesinevat karistatavaina kehavigastusi enda vastu, millest siis järeldada arvab võivat, et riigivõimule on indifferentne, kuidas kodanik oma tervisesse suhtub, millest omakorda järeldada võib, et isik enda nõusoluga võib enda vastu ettevõetud kehavigastust legaliseerida, siis on küsimus ilmselt liiga lihtsaks tehtud.¹⁾ Meil oli juba eelpool võimalik puudutada, kui vähe lubab enda huvi rikkumise mittekaristamine sama järeldada ka vastava õigusrikke kohta nõusolles. Vastupidi, tuginedes põhimõttelt päris õigele teesile, et iga süüteoga rikutakse üldsuse huvi, on juhitud tähelepanu, et terviserikke tekitamine alati toob kaasa üldsuse huvi rikkumise, mida vahetu kannatanu nõusolu kunagi kõrvaldada ei saa.²⁾ Viimane seisukoht kogu oma näilises veenvuses ei ole siiski ka päris vastuvõetav. Sest sellest, et iga süütegu tingimata ka üldsuse interessi vastu käib, ei järgne, missugustes raamides

1) Hartmann, Grünh.Zeitsch., 27, 751.

2) Vt. Kiehl, Goldt.Arch. 54, 373. Eriti Breithaupt Vrdl.selle kohta Yoski, Einw., 34; Holer, Einw., 89 j.j.

üks või teine tegu üldsuse huvi piiri kuulub On täiesti mõeldav, et üldine interest ka sarnaselt kujundatud võib olla, et ta ainult niikaua püsib, kui üksikisikul, kes teo vahetuks objektiks on, huvi on vastava teo ärajäämisele.¹⁾ Selleks annab näiteid küllaldaselt teokoosseisude analüüs nõusolu seisukohalt. Tuleb ikka pidada silmas, et õiguskorra poolt kaitstav õigusvara ei ole midagi, mis on antud a priori, vaid ainult positiivse õiguse normide tõttu muutub teatav hüve õigusvaraks. Selletõttu, kes tahab mõista, mis on antud korral kaitstav õigusvara, peab uurima kehtivat õigust, kusjuures sellest positiivsest õigusest sõltub, kas teatud õigusvara juures on tagatud indiviidile nõustuda selle õigusvara rikkumisega selliselt, et see omaks karistust ja õigusvastasust kõrvaldava toime.²⁾ Nimelt iseendast ja mõisteliselt ei aita ju midagi üksiku huvi äralangemine, kui süüteo kaitseobjektiks on õigusvara, kui õiguskorra poolt tunnustatud läbilõikeinterest. Selletõttu sõltub kõik õiguskorra üksiknormist, missuguses ulatuses ühe või teise süüteo puhul kaitstav õigusvara kaitset leiab. Järelikult ei piisa ka kehvastustate puhul kaitstava õigusvara mõistest nõusolu toime määramiseks ja peame otsima alust positiivse õiguse normest, kas selle õigusvara suhtes on vahetule kannatanule antud või mu enda nõusoluga kõrvaldada teo õigusvastasust.³⁾ Selle selgitamine sunnib meid aga läbi analüüsima kõiki neid eriosalisi

1) Vrdl. Holer, Einw., 90.

2) Vrdl. M.E. Mayer, Lehrb., 22; Gerland, V.D.A.T. II, 494; Metz, Z. Frage d. Einw. 10.

3) Vrdl. ka Liszt-Schmidt, Lehrbuch 157; Gerland, V.D.A.T. II, 496

õigusnorme, mis kehavigastuse suhtes otseselt või kaudselt rakendamisele võiksid tulla.

Vaadeldes neid norme, mis KrS käsivad kehavigastusi, võime eritleda süütegusid, mis esitavad kehavigastust kui iseseisvat delikti¹⁾ ja teiselt poolt süütegusid, millede kehavigastus on vastutust raskendavaks asjaoluks²⁾ või süüteo sooritusviisiks³⁾ On selge, et meie käesolevas töös kehavigastusi käsitleme selles kitsamas mõttes, mis haarab ainult kehavigastust kui iseseisvat delikti. Sest ainult selles ulatuses on kehavigastus erilaadseks isikuvastaseks süüteks,⁴⁾ missuguseid viimaseid ainult haarab probleem nõusolu relevantsist meie poolt seatud ulatuses. Sellega muidugi ei ole eitatud seda, et süstemaatilise tõlgendamise kaudu ka tähtsaks võivad osutuda määratlused, mis väljendust on leidnud kehavigastuse, kui vastutust raskendava asjaolu või sooritamiseviisi kohta.

Kehavigastus eriliigilise süüteona on käsitatud KrS §§ 431-437. Nendest §§ 431-433 käsivad kehavigastuste liike, §§ 434-436 tahtliku kehavigastuse privilegeeritud ja kvalifitseerivaid asjaolusid ja § 437 ettevaatamatut kehavigastust. Üheski neist normest ei ole midagi märgitud nõusolu toime kohta. Sama kehtib ka kõigi nende teiste normide kohta, milles KrS järele on puudutamist leidnud kehavigastus kui tea-

1) KrS §§ 431-437.

2) Näit. röövimisel KrS § 555 l II, määratsemisel § 254 l.IV.

3) Näit. KrS § 555, 556. Vrdl. selle kohta Kristal, Õigus, 1935, lhk.289

4) Vrdl.ka Kristal, Õigus, 1935, lhk.289 n.2 ja vt.eelpool lhk.65.

tav teo modaliteet. Ainukese ja väga olulise erandi moodustab KrS § 166. Viimane norm asub süsteemiliselt KrS eriosa 8.peatükis, mis käsitab süütegusid riigikaitse-, naturaal- ja maksukohuste vastu. Selle üldpealkirja piirides omalt sisult käib § 166 käsitatud süütegu süütegude hulka riigikaitse kohustuste vastu. Siin selles osas on KrS andnud määratluse, et kehavigastuse tekitamine sihiga takistada teise isiku sõjaväeteenistusse võtmist, on sel juhul, kui ta on sooritatud selle teise isiku soovil või nõusolul, karistatav vangimajaga mitte üle kolme aasta. Seega on siin haaratud sõnaselgelt n.n. kannatanu nõusolu juht kehavigastuste puhul ja on selle eridelikti korral konstateeritav nõusolu irrelevantsus süüteo karistatavusele, kusjuures nõusolu kõrval on temaga võrdsele tasemele seatud ka kannatanu soov. Tekib küsimus, kas on sellest ain-sast KrS määratlusest nõusolu toime kohta kehavigastuste korral järeldatav KrS seisukoht nõusolu tähenduse kohta kehavigastuse korral üldse ja missugune seisukoht siit järeldatav oleks.

Kriminaalõiguslik literatuur, mis on püüdnud lahendada nõusolu õigusvastasust kõrvaldava toime probleemi üldse või eriti kehavigastuste kohta, on ikka ja alati seda normis vaadelnud kui ühte võimalikku pidepunkti küsimuse lahendamisel.¹⁾ Keegi ei ole saanud eitada, et selle erinormiga on kindlalt

1) Vt. Hartwig, GS.82, 333, 335; Kessler, Einw., 75.

fikseeritud nõusolu toime sarnaste kehavigastuste korral, mis on teokoosseisu elemendiks süüteole riigikaitsekohustuse vastu. Selle normi tähenduses kehavigastuse kui isikuvastase eridelikti ulatuses on aga autorid oma lõppseisukohtades ikka lahkuminevaile tulemustele jõudnud.¹⁾ N.n. valitseva teooria puudumine sunnib meid sedaenam iseseisvalt lähemalt vaatlema seda eriprobleemi ja püstitama endi seisukohti

Eelpool näidatud § 166 süsteemiline paiknemine laseb järeltada § 166 käsitletud süüteo kuulumist üldsuse vastaste süütegude liiki. Sama selgub ka § 166 sisust, mis haarab kahte süüteks tunnustatavat riigikaitse kohustustest kõrvalehoidmise juhtu ja kus kehavigastuste tekitamine on ainult esimese juhu teostamise vahendiks.²⁾ Sellekohaselt ei võiks selle süüteo puhul nõusolu probleem ulatuses, mis meie temale andsime, üldse tõusta. Sest vaidlematult pole § 166 korral tegemist isikuvastase süüteoga vastavalt süütegude üldliigitusele üldsuse ja üksikisiku vastaseiks. Nõusolu probleem esimeste, s.o. üldsusevastaste süütegude korral viiks aga liiga kaugemale, sest sel korral paratamatult ei saa piisata teobjekti nõusolust vastava teoga. Asjaolu, et vahetu teobjekt nõustub teoga, mis üldsusevastase süüteo teokoosseisu täidab, ei tähenda midagi muud, kui et vastav isik teataval määdul osaliseks muutub üldsusevastases süüteos. Kas sellest osavõtmisest piisab osaliseks arvamiseks KrS § 59 mõttes, on

1) Vrđl. Binding, Handb., 723; Holer, Einw. 133.

2) Kõrvuti kehavigastuse tekitamise abil teise isiku sõjaväeteenistusse võtmise takistamisega käsitab § 166 veel sõjaväeteenistuse kohustusest vabastamiseks pettuse tarvitamist Vrđl. Saarmann-Matto, Kom.lhk.108.

probleem omaette, mis antud korral meil ei kerki, sest KrS § 165 kaudu on teobjekti sellekohane tegevus arvatud õigusvastaseks ja karistatavaks erideliktina. Küll kerkib aga eelõeldu põhjal erilise teravusega küsimus, miks sisaldab KrS § 166 sarnasel korral erilise rõhutamise teo nõusolul toimimise kohta.

Iseenesest peab eeskätt muidugi pidama silmas, et § 166 käsitab erilist teokoosseisu ja selle õigusvastasust, rõhutamises selgelt ainult sellejuures nõusolu irrelevantsusele. See-ga otseselt on järeldatav § 166 ainult see, et selle süüteo korral teobjektiks oleva isiku nõusolu ei kõrvalda selle teo õigusvastasust. Samuti tuleb pidada silmas, et isiku soov või nõusolu, kelle suhtes kehavigastus sooritatakse, on arva-tud § 166 kohaselt vastava süüteo teokoosseisu elemendiks, mitte eriliseks õigusvastasust kõrvaldavaks aluseks. See oma-korda teeb võimatuks § 166 teha otseseid järeldusi nõusolu õigusvastasust kõrvaldava toime kohta.

Kaudselt võib siiski § 166 pidada selleks võtmeks, mis nõusolu probleemi kehavigastuste korral lahendada suuteline on. Argumentatsioonid selles suunas on kokkuvõetavad mõtte-käikudesse, et kui kannatanu nõusolu ei oleks õigusvastasust kõrvaldavaks aluseks kehavigastuste korral, siis tekiks mõist-matu inkonsekvents § 166 ja § 431-433 käsitletud süütegude karistuse raamides.¹⁾ Nende argumentide seadmisel jääb eri-

1) Vrdl. Gerland, V.D.A.T. II, 500

line rõhk asjaolule, kas tuleb § 166 näha oma mõttelt kvalifitseeritud juhtu, võrreldes kehavigastustega § 431-433 mõttes, või mitte. Selge on, et § 166 oma sisu kohaselt erineb § 431-433 käsitletud kehavigastustest.¹⁾ Ühelt poolt on juurde tõmmatud mõte, et tegu peab olema toimunud nõusolul ja teiselt poolt on püstitatud nõue, et tegu peab olema toimunud sihiga takistada teoobjektiks oleva isiku sõjaväeteenistusse võtmist. Otsides vastust nõusolu tähendusele langeb raskuspunkt küsimusele, kas tuleb asjaolus, et § 166 teokoosseisu kohaselt on nõuetav eriline subjektiivne moment, siht, näha süütegu raskemaks või kergemaks tegevat põhjust võrreldes § 431-433 käsitletud kehavigastuse mõistega. Üldine arvamine on see, et eriline siht - takistada isiku sõjaväeteenistusse võtmist - on kvalifitseeriv asjaolu²⁾ See seisukoht tundub olevat ka põhjendatud. Seadusandja, riigivõimu seisukohast on sõjaväeteenistus väga oluline kodanikele langenud koormis ja iga riik on huvitatud enda relvajõu ja selle isikulise koosseisu võimalikust suurusest ja tublidusest. Nendel alustel on sisse seatud üldine sõjaväeteenistuse kohustus ja nendelt alustelt on ainult mõistetav § 166 sarnasena, et see norm eriti rõhutab süütegu, mis koos kehavigastuse tekitamisega on sihitud riigi relvastatud jõudude vähendamisele. See tähendab aga seda, et kaheldamatult märgib § 166 tähendatud eri siht

1) Kogu meie järgneva käsitletu aineks on § 166 ainult osas, mis käsitleb kehavigastuse tekitamist sihiga takistada sõjaväeteenistusse võtmist. Teine § 166 käsitletud süütegu jääb kõrvale. Seda õigustab see, et § 166 korral on meil tegemist kumulatiivse süüteo teokoosseisuga. Vt. viimaste kohta Mezger, Lehrb., 195.

2) Vt. Hartmann, Grünh.Zeitsch., 27, 752; Binding, Handb., 723; Hartwig, GS.82, 332.

erilist kvalifitseerivat momenti kehavigastuste puhul.

Niipea kui aga eelnev tees on tõeks osutunud, kerkib raskus § 166 ja § 431-433 süstemaatseks tõlgendamiseks. Nimelt tuleb pöörata tähelepanu sellele, et karistuse ülemmäär § 166 järelle on vangimaja mitte üle kolme aasta, § 431-433 ettenähtud süütegude korral aga vastavalt sellele kas kehavigastus on kvalifitseeritav kergena, raskena või üliiraskena, vangimaja mitte üle ühe aasta, vangimaja mitte üle kuue aasta või koguni sunnitöö mitte üle kaheksa aasta,¹⁾ missugused karistuse ülemmäärad § 435 loetletud kvalifitseeritud juhtudel veel tunduvalt suurenevad. Tekib olukord, et omalt sisult esitab § 166 teo-²⁾ koosseis vaieldamatult kehavigastuste kvalifitseeritud juhtu, haarates sarnast õigusvara riket, nagu riigi sõjaline võimsus, mis võib olla riigi olemise üheks eelduseks, karistusmääralt võib § 166 pidada kehavigastuste privileeeritud juhuks³⁾ Tekib küsimus, kuidas võib tingitud olla sarnane sisule mittevastav karistusmäärade kergendamine § 166 ettenähtud teo korral, mille kohaselt mõistelt kvalifitseeritud süüteo nähtus seadustikus tõeliselt esineb privileeeriva alusena.⁴⁾ Kui mitte omistada seadusandjale ebajärjekindlust, mis siis aga iga süstemaatse normi tõlgendamise võimatuks teeb,⁵⁾ siis jääb üle ainult üks võimalus, nimelt et kehavigastuse mõiste-

1) Arvestamata on jäänud karistuse kõrgenemine erilise tagajärje tõttu § 431 ja 433 järelle. Käesoleva arutluse raamides see erilist tähendust ei evi.

2) Nii Hartwig, GS.82, 333, 335.

3) Nii Hartwig, GS.82, 332; Gerland, V.D.A.T. II, 500 Vrdl.ka Yoski, Einw., 37: "Die Unhaltbarkeit dieses Ergebnisses dürfte Unzweifelhaft sein."

4) Vrdl Hartmann, Grünh.Zeitsch., 27, 752.

5) Teisiti siiski Klenner, Tötung auf Verlangen, 50. Aga sel juhul kaoks meil täiesti iga kindlam baas õigusnormide tunnetamiseks. Vrdl. Kelsen, Reine Rechtslehre: "Die normative Erkenntnis duldet keinen Widerspruch zwischen zwei Normen desselben Systems."

line ulatus § 431-433 kohaselt ja § 166 elemendina ei ole võrdne. Kui konstateerida, et § 166 teokoosseisu subjektiivne element - siht kahjustada riigi sõjalist võimsust, vaieldamatult kvalifitseeriva loomuga on, siis jääb aga üle ainult üks moment, mis § 166 teokoosseisule suhtes § 431-433 teokoosseisudega privilegieeriva ilme anda võiks. Selleks § 166 omaseks erilimeks on kehavigastuse tekitamine vahetu teost kannatanu nõusolul. Selle mõttekäigu tulemusena ongi konstateeritud ka rea autorite poolt, et § 166 ja § 431-433 vaheline näiv vastuolu karistustmäärades on lahenev ainult siis, kui eeldada, et ainult § 166 käsitab kehavigastust kannatanu nõusolles, § 431-433 aga haaraks ainult sarnast kehavigastust, mis aset on leidnud ilma kannatanu nõusoluta. Teisiti tähendaks see seda, et üldreeglina kehavigastuste puhul tuleks pidada nõusolu teo õigusvastasust kõrvaldavaks aluseks.¹⁾ Autorid, kes lahendust ei taha näha nõusolu erineval erikaalul ühe ja teiste süütegude puhul, on püüdnud seda vastuolu karistustmäärades selgitada näilisisena. Selleks on väidetud, et § 166 ja § 431-433 käsitletud süütegude karistustmäärade erinevus laheneb üldisel alusel ideaalkonkurentsi põhimõttel.²⁾ Sellekohaselt § 166 käsitletav süütegu karistamine tuleks määramisele ainult siis, kui § 166 teokoosseisuks ettenähtud kehavigastus esineb kerge kehavigastusena.³⁾ Niipea kui sellena esineks aga kehavigas-

1) Vrdl. Kessler, Einw., 75; Dohna, Rechtsw., 142; ka Binding, Handb., 723; vrdl. Hartwig, GS.82, 333; Olshausen, Kom.II, 1012.

2) Breithaupt, Pfersdorf; vrdl. Hartmann, Grünhuts Zeitsch., 27, 752; Bühring, Einw., 24; Holer, Einw., 134; Klenner, Tötung auf Verlangen, 51; ka Löffler, V.D.B.T V, 242.

3) Vrdl. Holer, Einw., 133.

tus, mis on liigitav raske või üliraske kehavigastusena absorbeeriks vastavalt § 431 või 432 süütegu ja karistus § 166 ettenähtud karistuse. Sellega mingit vastuolu § 166 ühelt poolt ja § 431-433 vahel teiselt poolt ei esineks. Tõsi on selles osas see, et KrS ideaalkonkurentsi põhimõtet tunnustab ja et viimase üldosalise iseloomu tõttu järjekindlalt eriosast kõik viited ideaalkonkurentsi tarvitamisele on sihilikult kaotatud.¹⁾ Sellest järgneb, et täiesti mõeldav oleks iseendast tekkiva raskuse lahenedamine ideaalkonkurentsi printsiibi rakendamisega. Raskus tekib aga selles, et kehtiva üldtunnustatud teooria seisukohalt § 166 ja § 431-433 vahel ei saa üldse olla ideaalkonkurentsi, vaid antud süütegude teokoosseisude vahekorid on puhtakujuliselt sarnane, mis eeldab seadusekonkurentsi printsiipide paratamatut kohaldamist.²⁾ Viimane tähendab seda, et mitmest süüteo teokoosseisust, mis vastavale teole kohaldatavad oleks, võib kohaldamisele tulla ainult üks teokoosseis, nimelt see, mis mõisteliselt teised välja tõrjub.³⁾ Seadusekonkurentents on tingimata vaieldamatult siis, kui tegemist on erinormiga üldnormi ees. Üldtunnustatult kehtib siis printsiip: *lex specialis derogat legi generali*. See n.n. seaduskonkurentents loogilisel alusel on määritletav selliselt, et teda tuleb tunnustada olevaks siis, kui üldise teokoosseisu (*lex generalis*) elemendid on erinormi

1) Vt Kriminaalseadustiku ümbertöötamise komisjoni seletuskiri, Kriminaalseadustiku eelnõu 1925.a. lhk.201, 209.

2) Vrdl. Dohna, *Rechtsw.*, 142.

3) Vt. Mezger, *Lehrb.* 470 j.j.; M.E.Meyer, *Lehrbuch* 505; Liszt-Schmidt, *Lehrbuch* 343; Hippel *Deutsch.Stref.* II, 523.

teokoosseisus (lex specialis) figureerimas, peale selle aga veel teised teokoosseisu tunnused.¹⁾ Võrreldes sellelt printsiibilt § 166 ja § 431-433 teokoosseisu ilmneb vaidlematult, et § 166 võrreldes § 431-433-ga esitab lex specialise juhtu, sisaldades peale üldise kehavigastuse toimumise tunnuse veel erilise tunnuse sõjaväeteenistuse täitmist takistamise sihi näol. Väide, et seaduse-konkurents § 166 ja § 431-433 rakendamisel üldse kõne alla ei võiks tulla sellepärast, et süsteematselt üks neist süütegudest kuulub üldsusevastaste süütegude liiki, teine aga ossa, mis käsitab süütegusid üksikisiku vastu,²⁾ ei ole küll millegagi põhjendatud, sest konkurentsiõpetuse sarnaseks piiramiseks ei leidu positiivses õiguses mingeid sätteid. See tähendab aga seda, et ühelt poolt § 166 ja teiselt poolt § 431-433 ettenähtud süütegude hindamisel ideaalkonkurents on ainult näiliselt rakendatav, tõepoolest ei ole aga § 166 teokoosseisu täitumisel mingit konkureerimise nähteid ja nõusolles kehavigastuse korral, kui tegu on toimunud § 166 tähendatud erilise sihiga, karistuse määramisel tuleb arvestada ainult § 166 ettenähtud karistusülemmääraga.³⁾ Sellekohaselt tuleks vaatamata toimunud kehavigastuse liigile igal juhul võimalikuks karistuse ülemmääraks kolm aastat vangimaja, samal ajal kui tavaliselt see raskete ja üliraskete kehavigastuste korral on märgatavalt kõrgem ja koguni viimas-

1) Vt. Mezger, Lehrb., 472; Liszt-Schmidt, Lehrb., 239; Frank, Kom.214 Vrdl. ka Saarmann-Matto, Kom.lhk.51.

2) Nii Bühring, Einw., 24.

3) Vrdl. Hartmann, Grünh.Zeitsch.27, 753

te korral ainsa võimalusena ette nähtud on sunnitöö karistus. Mitmelt poolt on seda erilist situatsiooni püütud siiski põhjendada päris tavaliseks sel teel, et on väidetud § 166 ettenähtud süüteod üldiselt mõeldavad on ainult kergete kehavigastustena, mistõttu seadusandja ka vastavalt elulisele olustikule on § 166 karistusmäära määritlenud ainult sarnaselt, et kergete kehavigastuste korral kvalifitseerivaid asjaolusid arvesse võttes teokoosseisu raskusele vastab ¹⁾ Selle väite juures juba iseendast tundub väga omavolilise olevat normi tõlgendada nii, et eluliselt tema alla tavaliselt lähevad ainult kerged kehavigastused. Seadusnorm § 166 sõnastuses ja ka kõige vabama tõlgendamise juures sarnaseks väiteks alust ei anna. Mingeid muid lähtealuseid normi tõlgendamisel aga meie arvesse võtta ei saa. Peale selle on aga küllaltki kaheldav väide, et eluliselt ja tegelikkuses ainult kergete kehavigastuste osas § 166 rakendada tuleb. Hoopis vastupidine näib õige olevat. ²⁾ Sest kui üldse § 166 teokoosseisuna ettevõetud tegu ette võetakse, siis näib küll ainuüksi mõeldav olevat, et sellega mitte ainult ajutist sõjaväeteenistuse kandmise edasilükkamist, vaid täielist vabanemist taotletakse. Viimaseks piisab aga ainult küll vast vähese ulatusega, kuid siiski jäädavast terviserikkest. Kõik jäädavad terviserikked on aga kvalifitseeritavad KrS järele § 432 kohaselt

1) Vrdl. R. Schmidt, Verantw. d. Arztes, 58; Holer, Einw., 133; Klenner, Tötung auf Verlangen, 51; Löffler, V.D.B.T. V, 242.

2) Vrdl. Kessler, Einw., 75; Roedenbeck, Zweikampf, 46; Yoski, Einw., 37; Gerland, V.D.A.T. II, 501.

rasketeks kehavigastusteks.¹⁾ See tähendaks aga seda, et tavaliselt kuni kuue aastase vangimajaga karistatav terviserike tekitamine sel korral, kui tegu sõjaväeteenistuskohuse täitmise takistamise sihiga toimunud on, ainult kolme aastase vangimaja piirides karistatavaks jääb.

Sarnane resultaat ongi see, mis sunnib otsima mõnda uut tugipunkti tekkinud võimatust olukorrast pääsemiseks. Nagu märgitud, võib selleks osutada ainult lahendus nõusolu vaatepunkti võtmise abil. Jääb üle ainult kinnitada, et just nõusolu erinevas toimes ongi see põhjus, miks § 166 ja § 431-433 ettenähtud süütegude korral § 166 ja § 431-433 karistusmäärades eelkirjeldatud vahe ilmne võis. Ainult nii on mõeldav ja teostatav § 166 ja § 431-433 kokkukõlastamine ja õige süstemaatne mõistmine, kui meie teobjekti nõusolu § 166 teokoosseisu kohaselt peame selleks põhjuseks, mis § 166 teokoosseisule võrreldes § 431-433 sootu eri ilme annab. Järeldus siit on siis, et § 431-433 ettenähtud kehavigastused on karistatavad ainult siis, kui vastav teokoosseis on toimunud ilma kannatanu nõusoluta.²⁾ On aga olnud § 431-433 käsitletud teo toimimiseks kannatanu nõusolu, ei ole vastav tegu üldse karistatav õigusvastasuse puudumise tõttu, muutudes õigusvastaseks ja karistatavaks ainult siis, kui juurde tuleb eriline § 166 ettenähtud siht. See selgitab, ka, miks § 166 tähenda-

1) Vrdl. Kristal, Õigus 1935, 306; Kadari, Isikuvast.süüteod, 58; Saarmann-Matto, Kom.218.

2) Vrdl. Dohna, Rechtsw., 142.

tud teises kumulatiivses teokoosseisus - pettuse kasutamisel teise isiku sõjaväeteenistusse võtmist takistamise sihiga on sõnastatud ilma nõusolu momendile rõhku panemata ja mille kohaselt vastav käitumine on karistatav vaatamata sellele, kas see toimub kannatanu nõusolles või ilma nõusoluta. Nimelt ei ole pettus iseendast KrS järele tunnustatud karistatavaks teoks, vaid ta on ainult üheks teokoosseisu elemendiks terve rea süütegude korral, kusjuures tähendavaiks elementideks peavad olema näiteks siht saada varanduslist kasu, siht astuda teise isikuga sugulisse ühendusse, või näiteks § 166 korral siht takistada teise isiku võtmist sõjaväeteenistusse. Selle tõttu aga, et üldist pettuse süütegu KrS ei tunne, ei ole ka seda lex generalist, mille alla pettuse süütegu § 166 momentide esinemisel subsumeerida saaks, kui antud korral vastaval käitumisel puuduks üks omadus, nimelt et ta oleks toimunud teoobjekti nõusolul. Seadus pole aga tahtnud ka sarnaselt moduleeritud tegu karistamatuks jätta ja selletõttu on kujundanud § 166 teokoosseisu selles osas nii, et pettus teise isiku sõjaväeteenistusest vabastamiseks on igal juhul karistatav § 166 järele, vaatamata nõusolule või selle puudumisele. § 166 käsitletud kehavigastuste osas seadusandjal on puudunud sarnane tarve, sest kehavigastuse tekitamine on iseendast juba karistatav tegu § 431-433 kohaselt kannatanu nõusolu puududes. Kui sarnasel puhul kehavigastus tekitatakse ilma teoobjekti nõusoluta, kuid sihiga seda isikut vabastada riigikaitseteenistuse kohuse täitmisest, siis see tegu siiski ei jää § 166 teokoosseisu kitsama vormulatsioonini tõttu üldse karistamata, vaid tuleb arvata süüteks § 431-433 teokoosseisude kohaselt vastavalt teostatud terviserikke laadile ja selle

kohaselt karistada.¹⁾ Sarnase järelduse eelduseks on aga seisukoht, et § 431-433 käsitatud kehavigastus on KrS järele loetud õigusvastaseks ainult siis, kui ta on toimunud kannatanu nõusoluga. Sest oleks § 431-433 ettenähtute süütegude õigusvastasuse seisukohalt kannatanu nõusolu tähenduseta, siis ei oleks mõistetav peale eelpool käsitletud vastuolu karistuse määrades ka see, miks sama § 166 piires üks kumulatiivne teokoosseis on määritletud ilma viiteta nõusolule, teisel korral on aga rõhutatud just toimumist nõusolles. Mõistetav saab see ainult siis, kui asuda seisukohale, et vastava teo toimimine kannatanu nõusoluga on käsitletud seadustiku teises osas

Konstrueerides sarnaselt § 166 ja § 431-433 tähendatud süütegude teokoosseisude erinevusi võib tekkida ainult veel küsimus, et kui kehavigastusel kannatanu nõusolles on erilist tähelepanu leidnud riigikaitsekooste täitmisest kõrvalehoidmise siht, siis oleks loomulik eeldada, et see eriline siht küllaldasel määral ka nõusoluga kehavigastuste toimimisel tähelepanu oleks pidanud leidma ja vastava kvalifitseeriva asjaoluna ka KrS^{23./}peatükis esinema. Peab konstateerima, et seadustik sarnaselt kvalifitseeritud kehavigastuse juhtu ette ei näe. Arvama peab aga, et selle põhjuseks on olnud küllalt avarad karistusmäärad § 431-433 kohaselt ²⁾

1) Siin jääb kõrvale küsimus, kas ideaalkonkurentsi või seaduskonkurentsi printsiipidel kohaldamisele ei või tulla koguni mõni teine süüteo teokoosseis. Sarnasena võiks tulla kõnele näiteks riigiäraandmine mõnedel juhtudel.

2) Selleks annavad tuge analoogilised seadusandja seisukohad ka mõne teiste kvalifitseeriva momentide mittemärkimiseks KrS § 432 ettenähtud süüteo puhul karistusraamide avaruse tõttu. Vrdl. Kriminaalseadustiku ümbertöötamise komisjoni seletuskiri, Kriminaalseadustiku eelnõu 1925.a., lhk.222

Aga lisaks eelkäsitletud argumentatsioonile § 166 alusel nõusolu relevantsi tunnustamise kasuks kehavigastuse korral on veel üks teine põhjus, mis meid ka sunnib sama seisukohta omaks võtma. See on § 431-433 käsitus kokkukõlas § 426 esi-neva normiga. 1) Eelpool käsitledes nõusolu toimet üldise õi-gusvastasust kõrvaldava alusena analüüsisime meie lähemalt § 426 tähendust nõusolu probleemi seisukohalt. On küll õige, et selle uurimise kokkuvõttena pidime tunnistama, et § 426 ei anna järeldada üldist reeglit nõusolu õigusvastasust kõrval-dava toime kohta. See ei saa olla aga kuidagi eelduseks, mis takistaks sama normi küllalt efektiivne olla nõusolu toime selgitamisel surmamisele sarnase loomult väga lähedase süüteo puhul, nagu seda on kehavigastus. § 426 teokoosseisu analüüs näitas, et § 426 kohaselt on tarvilik vastavaks teokoossei-suks kannatanu tungiv palve ja lisaks sellele subjektiivne tegur tegijas, nimelt toimimise motiivina halastus kannatanu vastu. Arvestades sellega, et sarnaste komplitseeritud momen-tide korral teise isiku surmamine tema soovil on peetud ainult karistuse kergenemist väärivaks, on õige järeldusele tulla, et surmamise puhul KrS järele nõusolul õigusvastasust kõrval-davat tähendust ei ole 2) Sellest nõusolu irrelevantsist surmamise puhul on püütud väita analoogia alusel sama ka keha-vigastuste kohta, 3) aga on ka teiselt poolt püütud näidata, et

1) Vrdl. Holer, Einw., 132.

2) Vrdl. Frank, Kom. 433; Dohna, Rechtsw., 142; Klenner, Tötung auf Verlangen, 27. Nii ka Saarmann-Matto, Kom.214, Kadari, Isikuv.süüt., 32.

3) Nii Saksa Reichsgericht. Vrdl. Hartwig, GS. 82, 326.

argumentum a contrario kaudu sellest postulaadist järgneb, et teistel juhtudel, eriti ka kehavigastuse puhul nõusolul õigusvastasust kõrvaldav tähendus on.¹⁾ On õigusega märgitud, et nii üks kui teine järeldus § 426 ilmnevast nõusolu tähendusest surmamise korral loogiliselt võimalik on, kuid just selle mõlemapoolse loogilise võimaluse tõttu seda kaudu asjata on probleemi lahendust kehavigastuste korral oodata.²⁾ Produktiivseks võib osutada § 426 ilmnev seisukoht nõusolusse kehavigastuste puhul siiski seoses küsimusega KrS § 426 käsitletud süüteo katse karistatavuse kohta. Vastavalt § 49 nõudeile peab § 426 katse karistatavus seadustikus eriti märgitud olema, et seda karistatavaks tunnistada. See on ka aset leidnud § 426 teise lõikega. Arvestades § 49 teist lõiget tuleb § 426 ettenähtud teo katse karistamisel karistust kergendada. Aluseks võttes ka KrS § 16 võib järelikult § 426 ettenähtud teo katse korral karistuse ülemmäär maksimaalselt olla 2 aastat 11 kuud ja 3 nädalat vangimaja.³⁾ Samal ajal lähtudes samast KrS üldosa normist, kuid sõltuvalt märksa raskematest karistuse ülemmääradest võib kehavigastuse katse karistuse võimalik ülemmäär olenedes kehavigastuse liigist olla märgatavalt kõrgem.

Selles olustikus tekib küsimus, kuidas tuleb karistuse ülemmäära arvestada siis, kui § 426 ettenähtud süüteo toime-

1) Nii Kessler, Einw , 9; Hartmann, Grünh.Zeitsch. 27, 753; Yoski, Einw , 34.

2) Vrdl. Gerland, V.D.A.T II, 500.

3) Vrdl. ka Saarmann, Öigüs 1935, lhk.173.

panek on jäänud katse piiridesse, kusjuures aga tekitatud on kehavigastus, näiteks üliraske. Kvalifitseeritud katse teooria seisukohalt, mis on üldtunnustatud,¹⁾ tuleks sel korral karistus määrata kehavigastuse karistusmäärade kohaselt, muidugi eeldusel, et teo toimija süü ka kehavigastuse ulatuses konstateeritav on.²⁾ See tähendaks aga seda, et lõpuleviidud tegu § 426 järele oleks märgatavalt kergemini karistatav kui eeltoodud juhtudel sama süüteo katse.³⁾ Selle tulemuse eelduseks on muidugi seisukoht, et kehavigastus on õigusvastane ja karistatav ka kannatanu nõusolul, sest ainult sellel korral oleks § 426 katse, mis on kujunenud üliraskeks terviserikkeks § 431 mõttes, subsumeeritav § 431 alla ja karistatav ka § 431 põhjal. Ei oleks kehavigastus kannatanu nõusolu korral aga üldse õigusvastane, ei saaks § 426 süüteo katsel kehavigastuse resultaadiga üldse mingist kvalifitseeritud katsest kõneleda, kuna ei oleks ühtegi süütegu, mille lõpuleviimine oleks toimunud § 426 vastava ulatusega katse piirides.

Nendes olukordades peame küll nentima, et resultaadi vastuolud näitavad, et eeldus nagu, oleks kehavigastus õigusvastane ja karistatav ka siis, kui ta on toimunud kannatanu nõusolles, on ekslik. Ei saa ka neist kehtiva seadustiku seisukohalt vastuolulistest järeldustest lihtsalt üle teesi-

1) Vt. Mezger, Lehrb., 407; Frank, Kom.94, Liszt-Schmidt, Lehrbuch 213.

2) Et see alati nii oleks, nagu väidab Saksa Rechtsgericht - vrdl. Hartwig, GS.83, 40, 44, on veenvalt tagasi tõrjutud. Vrdl. Frank, Kom. 434.

3) Nii Gerland, V.D.A.T II, 500; Hartwig, GS.82, 331. Selle vastu vt. Hartmann, 748; ka Holer, Einw., 132 koos põhjendustega, et karistamine katse eest ainult vastava lõpuleviidud teo karistuse raamide ulatuses seaduskonkurentsi printsiibi tõttu võimalik on. Päril õieti märgib aga selle kohta Mezger, Lehrb., 407 "Die Richtigkeit der Bestrafung ergibt sich aber schon daraus, dass es nicht angeht, jeman- den wegen eines Deliktes deshalb straflos zu lassen, weil er ein schwereres beabsichtigte "

ga, et teatavais olukorras võib olla kehavigastus võrreldes surmamisega raskemaks süüteks.¹⁾ See väide ei leia õigust kehtivast õigusest.²⁾ Antud seisukorras oleks meil tegu teatud surmamise juhu katsega, mille teostamisel tekitatakse kehavigastus. Kehtiva seedustiku seisukohalt ei võiks olla aga teo katse raskemini karistatav kui lõpuleviidud tegu.³⁾ Järelikult peab jõudma järeldusele, et eeldus, nagu võiks § 426 katse korral esineda kehavigastus kvalifitseeritud katse näol, on ekslik. See eeldus langeb aga ainult siis ära, kui õigeks võtame, et kehavigastus on õigusvastane ja karistatav ainult siis, kui ta on toimunud kannatanu nõusoluga.⁴⁾

Eelnevat argumentatsiooni on püütud nõrgendada väitega, et § 426 süüteo teokoosseisust ei järgne, et samal ajal peaks esinema ka nõusolu kehavigastuse kannatamiseks.⁵⁾ See tähendaks muidugi seda, et vastuolu § 426 katse karistamise määra ja kvalifitseeritud katse korral kehavigastuse karistuse määra vahel jääb igal juhul püsima. Sellele seisukohale asudes muidugi oleksid võimatud need resultaadid, mida esitasime. Peab aga pidama õigeks, et on võimatu ette kujutada surmamise

-
- 1) Nii Liszt-Schmidt, Lehrb., 316; ka Breithaupt. Vrdl. Hartwig, GS.82, 332.
- 2) Vrdl. Gerland, V.D.A.T. II, 500; ka Yoski, Einw., 36; eriti Holer, Einw., 135: "Das Rechtsgut des Lebens ist sonst höher gewertet als das der Körperintegrität, es ergibt sich dies aus der Strafe, welche die Wertmesser der sozialen Güter ist."
- 3) KrS § 49 lõige II.
- 4) Vrdl. Hartmann, Grünh. Zeitsch. 27, 755. Ka Saksa Reichsgericht tunnistas siin disharmoniat, kuid jääb siiski enda nõusolu tähendust kehavigastuste korral eitavale seisukohale põhjendusega: "Es sind lediglich positiven Einzelbestimmungen des Strafgesetzbuches, die nicht geeignet sind, die Anwendung allgemeiner Grundsätze des Strafrechts auszuschliessen." Vrdl. Hartwig, GS.83, 38. Vastupidi Holer, Einw. 132, kes väidab, et vastuolu on küll olemas, aga see pole küllaldaseks tõenduseks nõusolu toime jaatamiseks kehavigastuste korral.
- 5) Vt. Frank, Kom. 434. Ka Wachenfeldt, Breithaupt, Pollak, Horn. Vrdl. Klenner, Tötung auf Verlangen, 44.

teostamist, mille juures terviserike ei esineks. Nõustub teo-objekt surmamise, siis sisaldab tema nõustumine sellega iseendast ka nõusolu terviserikkeks, kuigi mitte soovitud tagajärjena, vaid paratamatu kaasnähtena.¹⁾

Ühe probleemina võib tõusta veel see, kas on siiski oluline argumentatsioon § 426 alusel, kuna ometi see käsitab ainult ühte delictum ^{sui generis/}juhtu, meie peaksime aga lähtuma nõusolu karistatavusest tapmise korral. Viimane tees aga ainult kinnitab meie väidet. On õige, et tapmine nõusolles on karistatav üldisel alusel tapmisega. Järelikult ka tapmise katse nõusolles jääb õigusvastaseks ja ainult § 49 alusel kergendatakse ka selgi korral karistust. Kui sarnase nõusolles tapmise katse puhul toimepandud tegu osutuks sarnaseks, mis määritletav oleks kehtiva õiguse alusel ka kehavigastusena, siis siin ikkagi ei teki mingit erilist raskust kvalifitseeritud katse õpetuse seisukohalt, vaatamata sellele, kas kehavigastus iseendast on õigusvastane ainult kannatanu nõusoluga või ka nõusolles. Sest kvalifitseeritud katse korralgi rakendub üldine printsip, et raskem karistus neelab kergema. Vaidlematult on aga üldiselt võimalikkude karistuse ülemmäärade seisukohalt tapmise katse alati raskem süütegu kui kehavigastus.²⁾ Muidugi võib tunduda võõrastavana, et sama objektiivse teokoosseisu täitumisel raske kehavigastusega lõp-

1) Vrdl. ka Klenner, Tötung auf Verlangen, 43. Nii ka Saksa Reichsgericht. Vrdl. Frank, Kom. 434.

2) Vrdl. ka Holer, Einw., 134.

peva tapmiskatse korral järgneb raske karistus, ainult sama raske kehavigastuse toimumisel aga täielik süüteo ja karistuse puudumine. Kuid arvestades siiski subjektiivse elemendi olulist erinevust pole see midagi erakordset. KrS paneb teistelgi juhtudel erilist tähendust subjektiivsele momentidele, nagu siin just tahtluse ulatusele. Antud juhul on sarnase subjektiivse elemendi rõhutamine küll eriti tunduv. Aga see on ka arusaadav siis, kui võtame õigeks, et meie uurimine on meid viinud ühte seadustikus esinevate printsiipide murde kohta. Iseasi on, kas sarnane järsk murrang printsiipes nii loomult lähedaste süütegude puhul, nagu seda tapmine ja tahtlik kehavigastuse tekitamine on, tuleb otstarbekohaseks pidada de lege ferenda. See ei või meid aga sugugi takistada põhjendatult seisukohta võtmast, et de lege lata kehtiva KrS järele kehavigastused KrS § 431-433 käsitletud mõisteis on õigusvastased ja karistatavad ainult siis, kui nad on sooritatud ilma kannatanu nõusoluta.

Veel on nõusolu tähendust kehavigastuste korral püütud tõendada, osutades normidele, mis käsitlevad kahevõitlust. Nii väidab Binding, et kui nõusolul ei oleks kehavigastuse korral õigusvastasust kõrvaldavat toimet, tekiks raskus kahevõitluse kohta käivate normide mõistmisel.¹⁾ Selle argumentatsiooni raskuspunkt lasub teesil, et kahevõitluse vahenditena on eeldatavad surmavad relvad. Selle eelduse tõsitamisel tekiks küsimus, missugune peaks olema seadustiku seis-

1) Binding, Handb., 723. Vrdl. Hartwig, GS.82, 337; nii ka Hartmann, Grünh.Zeitsch.27, 756; Gerland, V.D.A.T. II, 500.

koht kehavigastustesse, mis on tekitatud sarnasel quasi-kahevõitluses, mis muidu vastaks kahevõitluse teekosseisule, erineks aga selles, et vahendid oleksid mittesurmavad relvad.¹⁾

KrS § 444 kohaselt mõjutaks kahevõitlusel tekitatud kehavigastus üldist karistumäära ainult siis, kui ta on üliraske, mis puhul karistuse ülemmääraks oleks vangimajaga mitte üle nelja aasta, samal ajal kui üliraske kehavigastuse karistusülemmääraks üldiselt on sunnitöökaristus. Teiste kehavigastuste tekitamine kahevõitluses oleks karistatav ainult § 433 alusel kuni ühe aastase vangimajaga. Kui kahevõitluseks määritleda aga ainult sarnast kokkulepitud kahe isiku võitlust, mis toimub surmavate relvadega, siis poleks mittesurmavate relvadega võitlusel tekitatava kehavigastuse korral kohaldatavad KrS § 443, 44 eeskirjad karistumäära kohta. Et ka teisi erinorme vastava teo kohta seadustikus ei esine, tuleks kohaldamisele üldised normid kehavigastuse kohta ka karistumäärade osas. See tähendaks aga seda, et mittesurmavate relvadega toimivas võitluses kahe isiku vahel kahevõitluse mõistele vastavate eelduste olemasolul vahega ainult võitlusvahendis, tooks endaga kaasa raskema karistuse, kui sama tagajärje tekitamine kahevõitluse korral surmavate relvadega.²⁾ Mõte, et seadusandja poolt on asutud sarnasele õiguspoliitiliselt soovimatu seisukohale, oleks välditav ainult siis, kui võtta omaks, et

1) Vrdl. Hartwig, GS.82, 338.

2) Vrdl. Roedenbeck, Zweik., 51; ka Hartwig, GS.82, 339; Yoski, Einw., 35

kehavigastus nõusolles ei ole üldiselt karistatav ja õigusvastane. Viimasel juhul iga nõusolles toimunud kehavigastus üldreeglina jääks karistamatuks, ka siis kui see on toimunud mittesurmavate relvadega kahevõitluse kestel. Ja õigusvastaseks ja karistatavaks jääks antud küsimuse raamides ainult sarnane kehavigastus, mis on tekitatud kahevõitluses selle sõna kitsamas mõttes, s.o. kahevõitluses surmavate relvadega. Selle järelduse on ka tõmbanud rida autoreid, rõhutades eriliselt ka seda, et oleks mõistmatult inkonsekventne kannatanu nõusolusamas tunnustada privilegieerivaks asjaoluks, nimelt kahevõitluse puhul, ja samal ajal teise väga analoogilise teo korral, mida kehavigastus kannatanu nõusolles tingimata oleks, jätta teda päris ilma õigusliku tähenduseta.¹⁾ Vastupidise seisukoha omaksvõtmine kipuks tähendada seda absurdset olukorda, et juhul kui seadusandja poolt iseenesest küll soovimatuks peetav kahevõitlus siiski aset leiab, siis seadusandja seisukohalt eelistatav näib olevat, et siis juba tarvitamisele võetaks surmavad relvad.²⁾ See argumentatsioon võib aga ainult nende õiguskordade seisukohalt nõusolu probleemi lahendamiseks kasulikuks osutada, kes kahevõitlusena ainult võitlust surmavate relvadega mõistavad. Kui sellel seisukohal on Saksa literatuur,³⁾ siis on see mõistetav, sest Saksa StGB § 201 annab selgesõnalise aluse sarnaseks kahevõitluse mõiste

1) Nii Binding, Handb., 724; Olshausen, Kom.II, 769; Roedenbeck, Zweik., 51. Vrdl. ka Hartwig, GS.82, 342.

2) Vrdl. Hartwig, GS.82, 342.

3) Vrdl. Hartwig, GS.82, 338: "Theorie und Praxis sind darin einig, dass unter Zweikampf im Sinne des Strafgesetzbuches zu verstehen sei ein von zwei Personen gegen einander nach vereinbarten Regeln geführter Kampf mit tödlichen Waffen." Vt. ka Frank, Kom.18.Aufl., 451.

määritluseks. Tesite seadustike seisukohalt, kas kahevõitluse mõiste elemendina surmavad relvad selgesõnaliselt ei ole rõhutatud, ei pruugi kahevõitluse mõistet sarnaselt kitsendada 1) Viimane kahevõitluse mõiste osas laiem mõistmise võimalus on antud ka meie KrS 2) Selletõttu võib väita KrS seisukohalt, et kahevõitlus haarab vastavat kahe isiku võitlust ka mittesurmavate relvadega, kui nad ainult kombeliselt määritletavat on kahevõitluse vahenditena. Sellest järeldub aga, et KrS seisukohalt eeltoodud kaalutlused kahevõitlust käsitavaist normest nõusolu toime kohta kehavigastustel järeldusi tõmmata ei võimalda. Arvesse võib tulla meie kehtiva õiguse alusel kahevõitlust käsitavaist normest kannatanu nõusolu toime kohta kehavigastuste korral küll aga see väide, et kui juba eventuaalne nõusolu kehavigastuse väljakannatamiseks, mis kahevõitlusel paratamatult eeldatav on, kaasa toob karistuse kergemise, siis küllaldane alus on väita, et tõelisel, otsesel ja tingimusteta nõusolul kehavigastuse sooritamiseks karistamine hoopis ära jääma peab. 3) Tõenduse raskuspunkt lasub selgi korral selles, et vastupidise seisukoha juures eventuaalsel nõusolul kergem karistus järgneks kui otsese ja tingimusteta nõusolu korral, siis kui eeldada, et kehavigastused ka kannatanu nõusolles karistatavaks jäävad. Selle vastu on aga õigusega rõhutanud Kiehl, et ei ole mingit

1) Vrdl. Liszt-Schmidt, Lehrb., 337: "Die Tödlichkeit der Waffe gehört nicht zum Begriffe des Zweikampfes, aber unser geltendes Recht bestraft nur den Zweikampf mit tödlichen Waffen." Vt. ka Roedenbeck, Zweik., 18, 19.

2) Vastupidisel seisukohal siiski Saarmann-Matto, Kom.224 ja Vene U.N.S.alusel ka Tagantsev, Kom.104 ja Minc II, 248.

3) Nii näit. Hartmann, Grünh.Zeitsch.27, 757: "Wenn aber die eventuelle Einwilligung diese Wirkung zu üben vermag, so muss doch der positive erst recht imstande sein, der Angriffshandlung auf die Körperintegrität die Rechtswidrigkeit und Strafbarkeit zu nehmen."

alust väitmiseks, et otsene nõusolu õigusvastasuse kõrvaldab, kui eventuaalse korral ainult karistuse kergemine küsimusse tuleb. Ja samuti küsitav on kahevõitluse delictum kui generis'ena karistatavuse alusena näha nõusolu elemendis. Tahab vist rohkem õige olla, et sarnast alust tuleb otsida ajaloolises tavas.¹⁾ Vaatamata, et kahevõitlust käsitavatest normidest meie KrS seisukohalt nõusolu relevantsi järeldada ei võimaldu, võime jääda juba eelpool säevutatud järelduste tõttu seisukohale, et nõusolu on õigusvastasust kõrvaldava toimega kehavigastuste korral. Sellele lõppresultaadile viivad kokku kehtiva positiivse õiguse normide analüüsimisest tulenevad järeldused, kuigi seadustik nõusolu toime kohta ka kehavigastuste puhul otsest määratlust ei ole andnud.²⁾ Et see lõpptulemus de lege ferenda kõige sobivamaks lahenduseks lugeda ei saa raskete, eriti aga üliiraskete kehavigastuste osas, on küsimus omaette, mis meie tööst kõrvale jääb.³⁾ Küll aga puutub meie probleemi seisukoht, mis tahab teha vahet kehtivast õigusest tingitult nõusolu relevantsis vastavalt sellele, missugusesse kehavigastuse liiki kuuluva teoga tegemist on.⁴⁾ Niivõrd kui väide, et nõusolu kehavigastuste puhul on õigusvastasust kõrvaldava toimega, baseerub erinevatel süütegude jälitamise kordadel,⁵⁾ ei pruugi see meil enam tõusetuda, kuna

1) Vt. Kiehl, Goldt. Arch. 54, 362. Vrdl. ka Bar, Gesetz u. Schuld III, 56; Klenner, Tötung auf Verlangen, 52: "Denn die niedrige Bestrafung des Zweikampfes ist nicht eine Folge der Einwilligung, sondern der Gesetzgeber hat den Zweikampf deshalb so niedrig bestraft, weil er den Ehrenkodex bestimmter Gesellschaftsklassen anerkannte."

2) Vrdl. Hartwig, GS. 82, 349 ja GS. 83, 34

3) Vt. ka Hartmann, Grünh. Zeitsch. 27, 750.

4) Kõigi sarnaste vahetegude vastu vt. Hartmann, Grünh. Zeitsch. 27, 755; Gerland, V.D.A.T. II, 501.

5) Vrdl. Holer, Einw., 123 ja eelpool lhk. 82 j. j.

järlitamise kordade indifferentsusele nõusolu toime määritlemiseks meil juba eelpool võimalus oli tähendada Huvi tekitab aga sarnase vaheteo põhjendamise KrS § 426 käsitlevatele normidele. Selle kehvastatuste jaotamise nõusolu toime seisukohalt meie kehtiva seadustiku alusel tõstab ülesse H.Kadari,¹⁾ väites, et nõusolu surmamiseks osutub KrS § 426 jõul õigusvastasust mitte-kõrvaldavaks ja et sama peab järeldama § 426 mõttest ka nõusolu toime kohta kõige nende süütegude puhuks, mis elu ohustavad. Sama mõte võiks leida tuge ka kahevõitlust käsitlevast peatükist § 444 alusel, millest nähtub, et üliraske kehvastatus ja eluvastane tegu eriliselt väljatõstmist leiab. See tähendaks, et elu ohustava iseloomu tõttu ei saaks olla õigusvastasust kõrvaldavat toimet kannatanu nõusolul elukardetavate terviserikete korral.²⁾ Elimineerituks jääks sel korral nõusolu relevantsi piires üks osa üliraskeist kehvastatustest. Tundub siiski, et nõusolu irrelevantsist surmamisel järelduse tegemine nõusolu samale tähendusele ka kõigile tegudele, mis elu ohustavad, on raske leida otsest ja küllaldast positiivõiguslikku alust.³⁾ Küll tuleks aga H.Kadari vastavat seisukohta arvestada tulevase seadusandjal. Ja kui õiguspoliitilistel kaalutlustel tegelikult kerkima peaks küsimus KrS vastavaks muutmiseks nõusolu küsimuse osas eriti kehvastatuste puhul, siis tuleb küll soojalt soovida, et väljendatud saaks

1) Kadari, Isikuv. süüteod, 62.

2) Kadari, Isikuv. süüteod, 62.

3) Vrdl. vastavate järelduste kohta kahevõitlust käsitlevatest normest Roedenbeck, Zweikampf, 51.

sõnaselgel kujul seisukoht nõusolusse üldse, kehavigastuste puhul aga eriti.¹⁾ Kehtiva õiguse seisukohalt peab siiski leppima seisukohaga, et seadustik ei ole andnud otseseis määratlusi nõusolu probleemi lahendamiseks, kuid et kogu vastava normistiku analüüs siiski lubab järeldustele, et nõusolu kehavigastuste puhul õigusvastasust kõrvaldavat toimet omab. Kuid siis juba ka ilma erandite võimaluseta, seega üldiselt ja kõigi kehavigastuse liikide korral.

1) Nii valdav soov ka mujal nõusolu probleemi käsitlevas teoorias. Vrdl. Löffler, V.D.B.T. V, 366; Honig, Einw. 129; Gerland, V.D.A.T. II, 502.