

TARTU ÜLIKOOL
ÕIGUSTEADUSKOND
Karistusõiguse osakond

Janar Pilve

**KAITSJA JUURDEPÄÄS KRIMINAALMENETLUSLIKU
JÄLITUSTEGEVUSEGA KOGUNENUD MATERJALILE
EESTI KOHTUEELSE MENETLUSES - MIDA NÕUAB
DIREKTIIV 2012/13/EL?**

Magistritöö

Juhendaja
PhD Anneli Soo

Tartu 2018

SISUKORD

EESSÕNA.....	3
I. KRIMINAALMENETLUSLIKU JÄLITUSTEGEVUSEGA KOGUNENUD MATERJAL JA SELLE TÄHTSUS TÕKENDI TAOTLEMISEL KOHTUEELSES MENETLUSES - MIS VALMISTAB KAITSJATELE PEAVALU?.....	9
1.1. Kriminaalmenetlusliku jälitustegevuse olemus, toimetamise alused ning lõppvili süüdistuse jaoks	9
1.2. Jälitustoiminguga saadud tõendusteabe tähtsus kriminaalmenetluse tagamisel kohtueelses menetluses.....	12
1.3. Milles seisneb kaitsjate rahulolematuse - probleemid ja nende allikad?.....	15
1.3.1. Riigisaladus ja -julgeolek vs aus ja õiglane kriminaalmenetluse tagamine	15
1.3.2. Kahtlus prokuröri suutlikkuses olla objektiivne kohtueelse menetluse juht	17
1.3.3. Kriminaal- ja jälitustoimikule juurdepääsupiirangu erisused	21
1.3.4. Kahtlus kohtuliku kontrolli võimaluste efektiivsuses.....	26
II. KAITSJALE JÄLITUSTEGEVUSEGA KOGUNENUD MATERJALI KOHTUEELSES MENETLUSES TUTVUSTAMISE VASTU- JA POOLTARGUMENDID	28
2.1. Vastuargumendid tutvustamisele	28
2.1.1. Erapooletu ja objektiivne kohtueelne menetlus	28
2.1.2. Kuriteo raskus ja iseloom	30
2.1.3. Riigisaladus demokraatlikus ühiskonnas	32
2.1.4. Teiste isikute õigused ja oluline avalik huvi.....	34
2.2. Pooltargumendid tutvustamisele.....	36
2.2.1. Ohtlik hübriidmudel.....	36
2.2.2. Kahtlustatav kui õigussubjekt ja mitte objekt	40
2.2.3. Riigikohtu väljatöötatud tasakaalustavate abinõude piisavus	42
2.2.4. Efektiivseid lahendusi maailma õiguspraktikast.....	50
III. DIREKTIIV B NÕUDED KAITSJALE JÄLITUSTEGEVUSEGA KOGUNENUD MATERJALI TUTVUSTAMISEL EESTI KOHTUEELSE MENETLUSE TINGIMUSTES	62
3.1. Direktiiv B artikkel 7 sisu tõlgendamise lähtekohad.....	62
3.2. Artikkel 7 miinimumkriteeriumid	66
3.2.1. Üldreegel	67
3.2.2. Piirangud	68
3.2.3. Piirangu kohaldatavus üldreeglile	71
3.2.4. Piirangu tasakaalustamine	72
3.3. Artikkel 7 kohaldamine Eesti kohtueelses menetluses.....	74
3.3.1. Üldreegel	76
3.3.2. Üldreegli piirang	78
3.3.3. Kaitsesele piirangust tulenenud raskuste tasakaalustamine	81
KOKKUVÕTE.....	84
DEFENCE LAWYER'S ACCESS TO SURVEILLANCE MATERIAL IN ESTONIAN PRE-TRIAL PROCEEDINGS IN CRIMINAL MATTERS—REQUIREMENTS OF EU DIRECTIVE 2012/13/EU	91
KASUTATUD ALLIKAID	99
LISA 1. KASUTATUD LÜHENDID	107

EESSÕNA

2015. aastal Hollandis doktoritööd kaitsnud B. Fiori on tabavalt iseloomustanud materjali avaldamise instituudi olulisust kriminaalmenetluses järgnevalt. Kriminaalmenetluse eesmärgiks on ja jääb tõe tuvastamine. See tähendab menetleja poolt indiviidi süü või süütuse ausat ning erapooletut kindlakstegemist. Demokraatlik ühiskond peab reageerima toime pandud kuritegudele. Sellega on võrdväärset oluline ka see, et riigi karistusvõimu ellu viivad asutused pööraksid tähelepanu isikute põhiõigustele.¹ Ühiskond ei võida mitte ainult siis, kui süüdlane mõistetakse süüdi, vaid ka siis kui kriminaalmenetlus on aus. Õigusmõistmise süsteem kannatab, kui süüdlasi koheldakse ebaõiglaselt.² Järelikult on kriminaalmenetluse ülesandeks kaitsta süüdlast ka võimalike ametnike kuritarvituste ja eksimuste eest.³ Materjali avaldamine on õiglase menetluse saavutamise jaoks hädavajalik vahend, olles võrdsete relvade (*equality of arms/EoA*) manifestatsioon. Vastav tööriist aitab vähendada ressursilist lünka riikliku süüdistust esindava prokuröri ning kaitsja vahel. Ilma prokuröri materjali avaldamise kohustuseta, oleks kaitsja kriminaalmenetluses võrdlemisi relvitu.⁴

Euroopa Liidu (EL) kriminaalõiguses on *EoA* manifestatsiooniks Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv 12/13/EL (Direktiiv B), mis sisaldab mh kahtlustatava ja kaitsja õigust tutvuda kriminaalasja materjaliga.⁵ Vaatamata faktile, et kõik EL liikmesriigid on ka Euroopa inimõiguste ja põhivabaduste konventsiooni (EIÕK)⁶ osalised, on peetud siiski Direktiiv B vastuvõtmist vajalikuks seetõttu, et EIÕK üksi ei taga kõneaines olevat õigust piisavalt (preambul p 7). A. Soo on pööranud õigustatult tähelepanu asjaolule, mille järgi Riigikohtu (RK) 04.05.2016. a määrus⁷ näitab segadust selles, milline roll on EIÕK kui õigusallikal EL põhiõiguste hartas (Harta)⁸ sisalduvate õiguste tõlgendamisel. Direktiiv B-ga jätab ebaselgeks, kas sellega sooviti harmoniseerida *Strasbourg*'i kehtestatud standardeid või neid tõsta? RK ei taotlenud viidatud Euroopa Kohtult (EK) eelotsuse taotlust, mistõttu jäi EIÕK ning Harta

¹ B. M. Fiori, *Disclosure of information in criminal proceedings: a comparative analysis of national and international procedural systems and human rights law*, PhD Thesis, The Netherlands, University of Groningen, 2015, Lk 295.

² US Supreme Court 13.05.1963, *Brady vs. Maryland*, 373 U.S. 83, p 87. - Arvutivõrgus: [https://supreme.justia.com/cases/federal/us/373/83/case.html#87\(18.04.2018\)](https://supreme.justia.com/cases/federal/us/373/83/case.html#87(18.04.2018)).

³ B. Fiori, *Supra* nr 1, Lk 295.

⁴ *Ibid*, Lk-d 296 - 297.

⁵ Directive 2012/13/EU on 22 May 2012 on the right to information in criminal proceedings - OJ 2012, L 142/1; A. Tsagkalidis, *Directive 2012/13/EU on the Right to Information in Criminal Proceedings*, ERA, Krakow 02.03.2017, Lk 1.

⁶ European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms - Rome, 4. XI. 1950.

⁷ RKKKm 04.05.2016, 3-1-1-110-15.

⁸ Charter of Fundamental Rights of the European Union - OJ 2012, C 362/02.

vahekord selgusetä.⁹ Mis puudutab RK materjali avaldamises tehtud lahendit, on kõrgeim kohtuaste tänase päevani jätkanud vastavat praktikat.¹⁰

Magistritöö teema aktuaalsus ning põhiprobleem tuleneb seega asjaolust, et veel tänaseni pole EK tõlgendanud Direktiiv B art-s 7 sätestatud õigust. Puudub selgus, milline on EIÕK roll Harta sätestatud õiguste tõlgendamisel. Eelöeldust tulenevalt on selgusetud ka küsimused, kas ning millises ulatuses laieneb Direktiiv B art 7 lg-s 4 sätestatud piirang laieneb ka sama artikli lg-s 1 sätestatud õigusele. Olukorra muudab keerukamaks fakt, et EIK tõlgendab EIÕK-s sisalduvaid õigusi lähtuvalt konkreetse kaasuse eripärast. Eelöeldu muudab raskesi hoomatavaks arusaama EIKi kehtestatud miinimumstandarditest, mida peaks arvestama Direktiiv B artikkel 7 tõlgendamisel.

Kuna käesoleva töö teema on jälitustegevusega kogunenud materjali tutvustamise regulatsioon Eesti kohtueelses menetluses, muudab kaitsjale materjali tutvustamise probleemi keeruliseks riigisaladus. Riigisaladus on nähtus, mis on seotud riigi julgeolekuga (vt RSVS¹¹ §-d 3 p 1 ja 8). Järeldub, et Direktiiv B artiklist 7 tulenev kaitseõigus kui vahend, mis aitab kaasa saavutada mentluspoolte *EoA* seisundit, võib seega teatud kaasustes astuda konflikti seega ka riigi julgeoleku kui kaitset vajava väärtusega. Kui vaadelda Eestis kehtivaid kaitsele materjali avaldamise reegleid (KrMS¹² §-d 34¹ lg 3 ja 126¹⁴ lg 1), esineb kõneaines oleva kaitseõigusega konkureerivaid huve teisigi. Huve, millega konkureerib kaitsja õigus tutvuda jälitustegevusega kogunenud materjaliga, leiab Direktiiv B art 7 lg- st 4. Huvideks on mh teisne oht teise isiku elule või põhiõigustele. Sätte sõnastuse järgi kaitseb piirang ka olulist avalikku huvi, milleks on käimasolev uurimine ning riigi julgeolek. Seega on täiendavaks probleemiks konfliktsete väärtuste vahel tasakaalu leidmine.

Kõneaines olevat kaitseõigust võib mõjutada ka kriminaalmenetluse süsteem ise. Eesti kohtueelse kriminaalmenetluse süsteem rajaneb KrMS § 211 lg- st 2 nähtuvalt inkvisitsioonilisele menetlusmudelile, mille keskseks menetlussubjektiks on sõltumatu ning objektiivne prokurör. Eelnev võib osutada ohuks vastavale kaitseõigusele peamiselt seetõttu, et Eesti prokuröri on mahutatud kaks psühholoogiliselt vastandliku sisuga isiksust.¹³ Kuna süütuse presumptsiooni tõttu ei ole keegi kohustatud tõendama oma süüd, on oht, et prokurör

⁹ A. Soo, Divergence of European Union and Strasbourg Standards on Defence Rights in Criminal Proceedings? *Ibrahim and others v. The UK* (13th of September 2016), European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, Vol 25 Issue 4, 2017, Lk-d 343 - 345.

¹⁰ RKKKm 01.06.2017, 3-1-1-27-17; RKKKm 22.05.2017, 3-1-1-25-17.

¹¹ Riigisaladuse ja salastatud välisteabe seadus - RT I, 05.05.2017, 5.

¹² Kriminaalmenetluse seadustik - RT I, 07.07.2017, 7.

¹³ P. Pikamäe, jt. Kriminaalmenetluse seadustiku kommenteeritud väljaanne, Juura 2012, § 14 kom 4.3. Eesti õiguskirjanduses on seda peetud probleemiks ning püstitatud kahtlus selles, kas on üldse võimalik psühholoogilist võimalik panna inimest kahte vastandliku sisuga ülesannet täitma.

võib kohtueelses menetluses seljatada objektiivsuse ning keskenduda üksnes isiku süüestamisele. Selleks võib prokurör mingil põhjusel hakata tahtma kokku hoida isiku põhiõiguste arvelt, et lahendada tõhusalt kriminaalasja. Järelikult pole välistatud, et Eesti inkviisiooniline kohtueelne menetlus *per se* võib avaldada negatiivset toimet kõneaines olevale kaitseõigusele.

Lisaks eelpool sedastatud konkureerivatele väärtustele räägitakse õiguskirjanduses kaasustest, mille esinemisel ei eksisteeri enam riikide jaoks ausa ning õiglase kohtupidamise doktriini. Tegemist on raskete riigi julgeolekut ohustavate kuritegudega (terrorism).¹⁴ Seega pole välistatud, et ka kuriteo raskus ning iseloom võib avaldada ebasoovitavat mõju Direktiiv B vastava õiguse tõlgendamisele riigisisises õiguses.

Otsides vastust küsimusele, kuidas tuleks Eesti kohtueelse menetluse kontekstis tõlgendada Direktiiv B artiklist 7 sätestatud õigust, tuleb kõikide välja toodud probleemidega arvestada. Sellest tulenevalt on käesoleva töö eesmärgiks leida teoreetilise analüüsi ning võrdleva uurimismeetodi abil vastus järgnevale küsimusele. Milliseid EL Direktiivist B tulenevaid kriteeriume tuleks kaaluda Eesti kohtutel, et otsustada kaitsjale kriminaalmenetlusliku jälitustegevusega kogutud materjali tutvustamine kohtueelsel uurimisel tõkendi kohaldamismenetluses? Lahenduseni jõudmiseks tuleb vastata küsimustele, mis tõusetuvad sedastatud probleemidest. Põhiküsimusele vastama hakkamiseks on siinkirjutaja jaganud magistr töö kolmeks suureks peatükiks, mis jagunevad omakorda alapeatükkideks.

Esimene peatükk keskendub probleemide kaardistamisele ja täpsustamisele, mis kerkivad Eesti kohtueelses menetluses kaitsjale jälitustegevusega kogunenud materjali tutvustamisel. Riigisisese õiguse ning sellest tulenevate probleemide kaardistamine on magistr töö põhiküsimuse seisukohalt esimene oluline eeldus, sest seejärel on saab asuda lahendama küsimust, mida tuleks Eesti kohtutel pidada silmas Direktiiv B artiklist 7 tuleneva õiguse kohaldamisel. Antud peatükist leiab seega vastuseid küsimustele: miks ja millal on kaitsjal kohtueelses menetluses vaja tutvuda jälitustegevusega kogunenud materjaliga; millised on peamised takistused Eesti õiguses, mis pärsivad kaitsja tutvumist kõneaines oleva materjaliga ning kui suurt mõju avaldavad sellised probleemid uuritavale kaitseõigusele?

Riigisisese õiguse ning sellest tulenevate probleemide kaardistamisel ja täpsustamisel tugineb siinkirjutaja peamiselt RK praktikale, õigusteadlaste ajakirjas *Juridica* või muus riigisisises õiguskirjanduses sedastatud arvamustele. Mõistagi on riigisisesest õigusest

¹⁴ A. Duff, and others. *The Trial on Trial. Towards a Normative Theory of the Criminal Trial*, Vol. 3, Hart Publishing 2007, Lk 1.

tulenevatele probleemidele tähelepanu pööranud peamiselt kriminaalõigusega tegelevad advokaadid. Vältimaks aga arusaama, mille järgi on kriminaalmenetluses materjali tutvustamisega seonduv üksnes kaitsjate pseudoprobleem, tugineb autor kaitsjate väidete toetamiseks ka võõrkeelsele materjalile, st kirjandusele ja praktikast kerkinud näidetele.

Teise peatüki mõtteks on anda sisendit põhiküsimusele osas, mis puudutab konfliktsete väärtuste vahel tasakaalu leidmist. Selleks teeb autor kindlaks vastu- ning pooltargumendid soses kaitsjale jälitustegevusega kogunenud materjali avaldamisega. Kõnealus osas mõtestab siinkirjutaja lahti küsimused: millised vastava kaitseõigusega konkureerivad väärtused õigustavad end juurdepääsupiirangu alusena rohkem ning millised vähem; kui aktuaalsed on vastuargumendid tutvustamisele ning millisel moel avalduvad need Eesti õigusruumis. Siinkirjutaja proovib leida kaitsjale jälitustegevusega kogunenud materjali tutvustamise kasuks ka pooltargumente. Võimaluse korral lükatakse ümber vastuargumendid, mis ei õigusta kaitsja juurdepääsu takistamist jälitustegevusega kogunenud materjalile. Ühtlasi soovib autor Eesti kohtute tähelepanu juhtida ka riigisisestele probleemidele, millele tuleks mõelda enne küsimuste lahendamist, kas ja kuidas tutvustada kaitsjale jälitustegevusega kogunenud materjali kohaldatava tõkendi otsustamisel. Selleks, kuidas korraldada võimalikult efektiivselt konfliktsete hüvede tasakaalustamine, analüüsib autor Riigikohtu välja töötatud tasakaalustavate meetmete vastavust EIK praktikale. Viimase alapeatüki pühendab siinkirjutaja tõhusate lahenduste otsinguile maailma õiguspraktikast.

Peatüki eesmärkide saavutamiseks kasutab autor valdavalt EIKi kohtupraktikat ning võõrkeelset teoreetilist õiguskirjandust. Teoreetilise õiguskirjanduse abil on võimalik kaardistada ja avada, milliseid probleeme võib konkreetsele doktriinile rajatud kriminaalmenetluse süsteem põhjustada kõnealusele kaitseõigusele. Võõrkeelse õiguskirjanduse puhul tuleb säilitada kriitilisus, sest analüüs nendes toetub lähteandmetele, mida ei saa automaatselt samastada Eesti kriminaalmenetluse kultuurile omaste õigusnormidega. Seetõttu tuleb analüüsimisel keskenduda eeskätt Eesti riigisisese ning võõra kriminaalmenetluse süsteemi sarnastele probleemidele ning nende lahendamiseks pakutud väljunditele. Kriminaalmenetluse süsteemid, mille abil toob siinkirjutaja välja vastu- ning pooltargumendid, pärinevad järgmistest riikidest ja süsteemidest: Itaalia, Prantsusmaa, Rahvusvaheline kriminaalkohus (*ICC*), Ühendkuningriigid, Hispaania ja Poola.

Itaalia, Prantsusmaa ja *ICC* on valitud välja eeskätt seetõttu, et neile on omane tugevate volitustega eeluurimiskohtu instituut, mis on lähedal klassikalise inkvisitsioonilisele menetlusteooriale. *ICC* ja Itaalia väljavalimine on täiendavalt õigustatud, sest nende menetlussüsteem on sarnane Eestiga. Menetlus ise on võistlev, ent eeluurimiskohus vastab

inkvistsioonilisele menetlusmodelile. Prantsusmaa eeluurimiskohus seisab klassikalise inkvistsioonilisele menetlusmodelile kõige lähemal ning seepärast on seda hea kõrvutada Eesti eeluurimiskohtuga. Kuivõrd tunneb ka Eesti kohtueelne menetlus eeluurimiskohtu instituuti, aitab võrdlus vastavate süsteemidega kaardistada võimalikke puudusi riigisisises õiguses, mis võivad avaldada negatiivset toimet kõneaines oleva kaitseõiguse tagamisel. ICC tuuakse Eestile eeskujuks ka konfliktsete huvide tasakaalustamisel. Seda õigustab lisaks eelmainitule ka ICC lahendused ning repressseeritavate isikute inimõiguste austamine.

Tõhusate lahenduste otsinguil maailma õiguspraktikast käsitleb autor lisaks ICC-le ka UK-d, Hispaaniat ning Poolat. UK-l on võistleva menetluse doktriini harrastajana pikaajaline materjali avaldamise kogemus. UK materjali avaldamise praktikas võib olla midagi, millest tasub Eestil õppida. Hispaanial ja Poolal oli EL liikmesriikidena sarnaselt Eestiga kohustus 2014. aastal võtta riigisisese õigusesse Direktiiviga B kehtestatud õigused. Seega on asjakohane tuua välja aspektid, milline oli Hispaania ning Poola materjali tutvustamise praktika enne ning pärast direktiivi ülevõtmist.

Kolmas peatükk koondab sisuliselt kokku kogu eelneva ning annab lõppastmes vastuse põhiküsimusele. Põhiküsimuse vastuseni jõudmiseks selgitab autor välja EIÕK kui allika rolli Hartas sisalduvate õiguste tõlgendamisel. Seejärel kõrvutab autor EIKi miinimumstandardeid Direktiiviga B ning proovib jõuda selgusele, kas Direktiiv üksnes kodifitseerib või tõstab EIKi miinimumstandardeid. Viimasele järgnev Direktiiv B standardite kõrvutamine Eesti asjakohase riigisisese õigusega. Eelnenditust sünnib test, mis on Eestit kohtutele abiks küsimuses, kas ja kuidas tutvustada kohtueelses menetluses kaitsjale jälitustegevusega kogunenud materjali menetlustes, kus otsustatakse kriminaalmenetlust tagava abinõu põhjendatus.

Analüüsi keerukus on tingitud asjaolust, et EK pole veel tõlgendanud Direktiiv B artiklit 7. Samas on EK lahendanud juhtumit, milles oli põhiprobleemiks haldusotsuse aluseks oleva materjali tutvustamine isikule, kelle puhul kohaldas liikmesriik riiki sisenemiskeeldu.¹⁵ Isikule ei tahtud materjali tutvustada riigi julgeoleku kaalutlustel. Antud lahendis pakkus EK välja kriteeriumid, mida tuleb kõnealuses olukorras arvestada nii materjali tutvustamisel, varjamisel kui ka konfliktsete huvide tasakaalustamisel. Vastab tõele, et antud kaasuses piirati võrreldes Direktiiv B-ga õigust võistlevale menetlusele EL vaba liikumise kontekstis. Autor arvab, et kõnealuse EK lahendiga tuleb arvestada, sest vastavaid kriteeriumid võib kohus korrata ka Direktiiv B tõlgendamisel. EL õiguse tõlgendamise pädevus on siiski üksnes EK-l.

¹⁵ C-300/11, 04.06.2013, ZZ vs. *Secretary State for the Home Department*, p-d 26 ja 40.

Töö abstraktsema eesmärgina näeb autor võimalust edastada sõnumit, miks peab üks kriminaalmenetlus olema aus ja õiglane ning mille poole tuleks püüelda sellise kriminaalmenetluse saavutamiseks. Demokraatlik õigusriik peab suutma leida konfliktsete huvide tasakaalustamisel innovatiivseid lahendusi ning mitte vabandusi. Loodetavasti toob töö lõpptulemusena sündiv test parema selguse Direktiivis B sisalduva õiguse tõlgendamisel ja mõistmisel. Kuivõrd on tegemist testiga, on loodetavasti sellest abi ka praktikas.

I. KRIMINAALMENETLUSLIKU JÄLITUSTEGEVUSEGA KOGUNENUD MATERJAL JA SELLE TÄHTSUS TÕKENDI TAOTLEMISEL KOHTUEELSES MENETLUSES - MIS VALMISTAB KAITSJATELE PEAVALU?

1.1. Kriminaalmenetlusliku jälitustegevuse olemus, toimetamise alused ning lõppvili süüdistuse jaoks

Riigikohtu põhiseaduslikkuse järelevalve kolleegiumi nõunik A. Lott on 2015. aasta kohtupraktika analüüsis märkinud, et jälitustegevus on n.ö vihmavarju mõiste, mille alla mahub laiemas mõttes kriminaalmenetluslikke ja korrakaitselisi jälitustoiminguid, ent mitte ainult. Jälitustegevuse mõiste hõlmab endas veel lisaks JASi¹⁶ meetmed nagu näiteks vastuluure jne. Jälitustegevus kannab endas aga alati kriminaalmenetluslikku või korrakaitselist, sh ka põhiseadusliku korra kaitsele suunatud eesmärki.¹⁷

Käesoleva töö seisukohalt on ebavajalik käsitleda põhjalikult erinevaid jälitustegevuse liike. Jälitustegevuse eriliikide lõppeesmärgid on laias mõttes samased - koguda eesmärgistatult, varjatult kindla sisuga teavet subjektide kohta, et seda kasutada õigusaktidega kehtestatud võimaluste raames mingi õiguslikult relevantse asjaolu tõendamiseks.¹⁸

Kriminaalmenetluslikku jälitustegevust reguleerib Eesti Vabariigis KrMS¹⁹. KrMS § 126¹ sätestab jälitustoimingu tegemise üldtingimused ning annab ühtlasi aimu selle termini sisust. K. Jaanimägi on jälitustegevust iseloomustanud kui repressiivset nähtust kriminaalmenetluses.²⁰ Seisukoht tuleneb ilmselt tõdemusest nagu on märkinud ka RK - õigussubjekt, kelle andmeid varjatult töödeldakse, pole teadlik menetlustoimingu tegemisest tema isiku suhtes, ka selle tulemusel saadud infokogumist ning ammugi mitte jälitustegevuse teostamiseks vajalikust loamenetlusest. Alates jälitusloa taotlemisest kuni selle tulemusel

¹⁶ Julgeolekuasutuste seadus - RT I, 05.05.2017, 2.

¹⁷ A. Lott, Põhiseadusliku korra kaitseks teostatav jälitustegevus Eestis, Analüüs, Tartu 2015, Lk 5.

¹⁸ Mõtet selle kohta, et jälitustegevuse lõppeesmärk on saada konkreetseks otstarbeks kasutatavat teavet, näib toetavat ka riigikohtunik S. Laos - S. Laos, Riigi sisejulgeolekut tagava jälitustegevuse eesmärk ja kontroll, Akadeemia 2008 nr 11, Lk 2405.

¹⁹ KrMS § 1 lg 2 - Käesolevas seadustikus sätestatakse ka jälitustoimingute tegemise alused ja kord ning U. Lõhmus, Teabehange tõendina kriminaalmenetluses - Riigikohtu kriminaalkolleegiumi otsus asjas 3-1-1- 101-16, Juridica 2/2017, Lk 118.

²⁰ K. Jaanimägi, Politsei sisemise rahu tagajana, Juridica 7/2004, Lk 460.

saadud andmete kasutamiseni ja säilitamiseni, kaasneb nii jälititava kui ka kolmandate isikute ulatuslik põhiõiguste riive.²¹

KrMS § 126¹ järgi on jälitustoiminguga saadud teave tõend, kui jälitustoimingu loa taotlemisel ja andmisel on järgitud seaduses ettenähtud nõudeid.²² Järgnevalt peatutakse lühidalt jälitustegevuse sisulistel ja vormistel eeldustel²³. Sisuliste ehk materiaalsete jälitustegevuse nõuete all peetakse silmas jälitusloa andmise põhjendamise kohustust²⁴, mis hõlmab endas:

1. *ultima ratio*²⁵ põhimõtte motiveerimist (KrMS § 126¹ lg 2);
2. jälitavate isikute põhi- ja inimõiguste austamist jälitustegevuse ajal (KrMS § 126¹ lg 3);
3. jälitustegevuse teostamiseks vajaliku aluse esinemist, milleks on eelkõige käesoleva töö mõttes vajadus koguda kriminaalmenetluses teavet kuriteo kohta (KrMS § 126² lg 1 p 4);
4. viidet materiaalõiguse sättele, mille puhul on lubatud jälitustegevus (KrMS § 126² lg 2);
5. põhjendust, et isik, keda soovitakse jälitada, vastab seaduse tunnustele (eelkõige KrMS § 126² lg 3 p- d 1 ja 4 on käesoleva töö objekti seisukohalt olulised).

Vormiliste ehk formaalsete jälitustegevuse kriteeriumite järgi:

1. saab jälitustoimingu teostada üksnes isiku või asutuste kaudu, kellele või millele on seadusega antud selleks vastav pädevus²⁶ - ja volitusnorm;
2. on nimetatud õiguskaitseasutustel või isikutel lubatud seadusega sätestatud korras ja ulatuses teha KrMS §-s 126³ loetletud jälitustoiminguid²⁷;
3. on vajalik prokuratuuri põhjendatud taotlus, kui jälitusloa väljastamisepädevus on antud seadusega eeluurimiskohtunikule (KrMS § 126⁴ lg 1 ja lg 5);
4. annab KrMS §- st 126⁴ alusel jälitustegevuseks loa määrusega²⁸ prokurör või eeluurimiskohtunik. Jälitusloast peab nähtuma kindla sisuga informatsiooni (loa andja; loa

²¹ RKKKo 26.03.2009, 3-1-1-5-09, p 9; RKPJKo 20.03.2014, 3-4-1-42-13, p-d 40 ja 57.

²² Vt S. Evestus, Jälitustegevuse kohtulikust kontrollist 2015. aastal, Kohtute aastaraamat 2015, Lk 79.

²³ Jälitustegevuse eelduste jaotamine sisulisteks ja vormilisteks pärineb RKKKo- st 05.12.2016, 3-1-1-79-16, p 18.

²⁴ Vt RKKKo 30.06.2014, 3-1-1-14-14, p 772. Lahendis on RK tauninud jälitustegevuse põhistamist deklaratiivsete tõdemustega. Järeldused peavad olema seostatud tõendusliku baasiga.

²⁵ S. Evestus, *supra* nr 22, Lk 80. /.../ Põhjendused peavad hõlmama ka *ultima ratio* põhimõtte järgimist, mis tähendab, et nii jälitustoimingu loa taotleja kui ka selle lubamise otsustaja peavad selgelt ja põhjendatult esitada asjaolud, mis kinnitavad, et tõendite kogumine muude menetlustoimingutega ei ole võimalik, ei ole õigel ajal võimalik või on oluliselt raskendatud. /.../.

²⁶ Pädevad riigivõimu esindajad või muud isikud, kellel on õigus teha menetlustoimingu, on sätestatud KrMS §-dega 126¹ lg 5 ja 126² lg 1 (nt. Kaitsepolitsei ameti, Maksu- ja Tolliameti, Politsei- ja Piirivalveamet volitatud ametnik, politseiagent või salajasele koostööle kaasatud isik).

²⁷ Sh tulenevad jälitustegevuse volitusnormid ka eriseadustest, nt PPVS-st²⁷ ning JAS-st. Vt Politsei ja piirivalve seadus - RT I, 06.07.2017, 6. Nt PPVS ptk. 2². Päring sideettevõtjale, jälitustoimingud ja salajane koostöö.

²⁸ RKKKo 26.05.2010, 3-1-1-22-10, p 14.3. Vt ka M. Kruusamäe ja T. Reinthal, Jälitustegevuse kohtulik eelkontroll Eestis, Kohtupraktika analüüs, Tartu 2013, Lk 15. Puudub kahtlus, et mainitud määrus koostamisel

andmise kuupäev ja kellaaeg; jälitustoiming, milleks luba antakse; võimaluse korral isiku nimi, keda jälitatakse; jälitustoimingu loa tähtaeg)²⁹.

Kriminaalkolleegiumi otsuse järgi on jälitusprotokoll tõendina lubamatu juhul, kui ei ole järgitud kõiki eelnevalt loetletud nõudeid. Nõude esitab *expressis verbis* KrMS § 126¹ lg 4.³⁰

Jälitustoimingu olulisem vili õiguskaitseorganite perspektiivist kriminaalmenetluses on kahtlemata seadusliku ja kasutatava tõendi sünd. Nii näevad KrMS §-d 63 lg 1, 126¹ lg 4 ja 126¹⁰ lg 1 ette, et jälitustoimingu kogutud teave formuleeritakse jälitusprotokollina, mis saab olla tõendiks kriminaalmenetluses, kui kogu selle tõendi saamisprotsessi vältel on järgitud seaduse nõudeid.³¹ KrMS seab jälitusprotokolli vormistamisele teatavad nõuded, mis tulenevad §-st 126¹⁰ lg-ist 1.³² Jälitustoimingu protokoll kui tõend peab olema oma sisult täpne, vastuoludeta ning vastama seadusega kehtestatud nõuetele, et seda saaks Riigikohtu praktika järgi aktsepteerida usaldusväärse tõendina.³³

/.../Jälitustoimingu saadud tõendite seaduslikkuse kontroll kohtu poolt *ex officio* teenib süüdistatava kaitseõiguse ja ausa ning õiglase menetluse tagamise eesmärki. /.../.³⁴ Kogu info, mis aitab hinnata jälitustegevuse seaduslikkust ning seega jälitustoimingu protokolli lubatavust ning sisu paikapidavust tõendina, kaitsja huviorbiidis põhjusel, et menetlusvea tuvastamine võib aidata oluliselt kaasa tema kaitsealuse olukorra parandamisele menetluses.³⁵ Kaitsja on M. Sillaotsa järgi kui õigusriigi agent, kes teostab oma kaitsealuse huvidest lähtuvalt

peab kohus võtma arvesse KrMS § 145 lg-s 1 kajastatud määruse üldnõudeid, vormistades menetlusdokumendi kirjalikult ja esitama vastavad põhjendused.

²⁹ KrMS § 126⁴ lg 4. Vt RKKKo 14.12.2017, 1-17-7077/14, p-d 70 - 72. /.../ Kohus peab määruses selget argumentatsiooni ning menetluse käigus tuvastatud asjaoludele viidates põhistama jälitustegevuse vajalikkust ning aluseid, olenemata sellest, et selles olukorras on põhistamiskohustus oluliselt leebem kui isiku süü motiveerimisel. /.../ Kohtupraktikas on jälitustoiminguks loa andmise nõuete eiramine tuvastatud näiteks siis, kui kohus on jätnud kohtumääruse põhjendused jälitustoimingute vajalikkuse kohta konkreetse kriminaalmenetluse asjaoludega seostamata ja esitanud selle asemel umbmääraseid ning deklaratiivseid väiteid menetletava kuriteoliigi, kuriteo ohtlikkuse, õiguskorra kaitsmise vajaduse, jälitustoimingute tegemise põhimõttelise lubatavuse või tõe väljaselgitamise huvide kohta /.../.

³⁰ RKKKo (3-1-1-14-14), p 780.

³¹ K. Namm, Probleemid jälitustegevusega - ühe kaitsja vaatenurk, Kohtute aastaraamat 2015, Lk 95. Nii märgib vandeadvokaat, et seadusandja selge tahe on olnud tagada jälitusprotokollile eraldi nõuete kehtestamisel menetlusdokumendi sisuline kvaliteet, sest lisaks sellele, et see kajastab ka jälitustoimingu tulemust, nähtub sealt ka selle käik ja tingimused, mis on baasiks jälitustoimingu saadud teabe tõendina kasutamise lubatavuse hindamisel.

³² Jälitustoimingu protokolli kantakse: 1) jälitustoimingu teinud asutuse nimetus; 2) jälitustoimingu tegemise aeg ja koht; 3) selle isiku nimi, kelle suhtes jälitustoiming tehti; 4) jälitustoimingu aluseks oleva kohtu loa või prokuratuuri loa andmise kuupäev; 5) prokuratuuri taotluse esitamise kuupäev, kui jälitustoimingu aluseks on kohtu luba; 6) jälitustoimingu kogutud teave, mis on jälitustoimingu eesmärgi täitmiseks või kriminaalasja lahendamiseks vajalik.

³³ RKKKo 18.04.2013, 3-1-1-30-13, p 15.2.

³⁴ RKKKo (3-1-1-14-14), p 725.

³⁵ K. Namm, *supra* nr 31, Lk 92. Kohus peab kontrollima kõikide jälitusprotokollide seaduslikkust, kuna õigusvastase jälitustegevuse kaudu kogutu tõend tuleb kasutamisel asjaolude tõendamiseks välistada. Kaitsjal on õigus ja kohustus taotleda iga jälitustoimingu seadusele vastavust.

järelevalvet täitevvõimu volituste rakendamise seaduslikkuse ning kvaliteedi üle, on õigusriigi immanentne tunnus. Kaitsja on (ka kohtueelses menetluses) see inimene, kes peab seisma hea selle eest, et oleks välja selgitatud ka kõik tema kaitsealust õigustavad asjaolud.³⁶ Seepärast on kaitsja kohustus tuvastada õiguskaitseorganite tehtud eksimused jälitustegevuses ning tuua leitud puutused kohtu ette. Kõnealuseks puuduseks saab olla nii jälitustegevusega kogunenud materjali vastuolu kehtiva õigusega kui ka jälitusprotokolli sisu tegelikkusele mittevastavus või ebakvaliteetsus (nt on jäänud kajastamata jälitustoimingu käigus selgunud õigustavad asjaolusid).

1.2. Jälitustoiminguga saadud tõendusteabe tähtsus kriminaalmenetluse tagamisel kohtueelses menetluses

Spetsiifiline kaitseõiguslik tööriist, milleks on õigus tutvuda tõkendi taotlemise aluseks olevate tõenditega, pole pelk sõnakõlks KrMS §-s 34¹, vaid reaalne vahend kontrollimaks kohaldatava tõkendi õiguspärasust. Käesolev alapeatükk keskendub KrMS-s sätestatud tõkendiregulatsioonile, et motiveerida kaitsja põhjendatud huvi informatsiooni järele, mis on kogunenud kriminaalmenetlusliku jälitustegevusega.

Kahtlustatavale tõkendi valimisel tuleb alati meeles pidada KrMS §-s 127 lg-s 1 sätestatud üldpõhimõtet, mis seisneb kahtlustatava isiku, tema käitumise ja muude temaga seonduvate asjaolude arvestamise kohustuses tõkendi valikul.

Et kahtlustatavat vahistada, peavad olema täidetud vahistamiseeldused - põhjendatud kuriteo kahtlus koos *ultima ratio* printsiibiga (KrMS §-d 127 lg 1, 131 lg 3, 132 lg 1 p 4) ja teised vahistamisalused (KrMS § 132 lg 2). KrMS § 131 lg 3 näeb ette, et vahistamise eelduste kohtulikaks kontrolliks edastab tõkendit taotlev prokurör kriminaaltoimiku eeluurimiskohtunikule, seejärel kutsutakse istungile kahtlustatav ning küsitakse tema arvamust vahistamiseelduste täidetuse kohta. Kahtlustatava soovil võtab vahistamisistungist osa ka tema kaitsja, kellelt küsitakse samasisulist arvamust. KrMS § 135 lg 1 lubab kahtlustatava vahi alt vabastada kautsjoni vastu. KrMS § 135 lg 5 näeb ette kautsjonitaotluse lahendamise kahtlustatava, prokuröri ning kaitsja osavõtul, kus nimetatud osalistel on võimalus avaldada kautsjoni kohaldamisaluste ja -tingimuste osas arvamust (vt. KrMS §-d 127 lg 1, 135 lg-d 1, 4). Nii vahistamine kui ka kautsjon on allutatud kohtulikule järelevalvele (KrMS §-d 136 ja 137).

³⁶ M. Sillaots, jt. Kriminaalmenetlus, Juura 2006, Lk-d 142 - 144.

KrMS § 141 lg 1 annab võimaluse kahtlustatava kõrvaldamiseks ametist, kui esinevad viidatud sätte punktides 1 ja 2 sätestatud alused. RK on määruses konstateerinud kohtu kohustust hoolikalt kontrollida prokuratuuri vastava taotluse põhjendatust ning seejärel esitada määruses motiivid taotlusega nõustumise või mittenõustumise kohta. Kohus lahendab kahtlustatava ametist kõrvaldamise taotluse määrusega.³⁷ J. Sarv on KrMS § 141² lg 1 pinnalt avaldanud arvamust, et kehtiv seadus ei näe ette võimalust teostada kaitseõigust ajahetkel, mil prokurör on koostanud selleks taotluse. Võimalus kaitseõiguse realiseerimiseks tekib viidatud sätte järgi 4 kuu möödumisel alates tõkendi kohaldamisest kohtumäärusega.³⁸ KrMS § 141² lg-st 2 järeldub, et ametist kõrvaldamise põhjendatuse kontrollimise arutamisele kutsutakse lisaks teistele menetlusosalistele kahtlustatav ning viimase taotlusel kaitsja. Eelnev viitab kaitseõiguse teostamisvõimalusele. Kohtumäärus, millega on lahendatud ametist kõrvaldamise põhjendatuse kontroll, pole vaidlustatav (KrMS § 141² lg 3).

Isikuvastaste kuritegude puhuks sätestab KrMS võimaluse kohaldada prokuröri taotlusel ja eeluurimiskohtuniku määruse alusel kahtlustatavale ajutist lähenemiskeeldu (KrMS § 141¹). Analoogselt juba käsitletud tõkendite normistikuga, on ka siin seadusandja väljendanud selget tahet anda kahtlustatavale enda kaitsmiseks võimalus (KrMS § 141¹ lg 3). Nii kutsutakse asja arutamisele kahtlustatav ning tema soovil ka kaitsja. Kohus tutvub enne määruse tegemist kriminaaltoimikuga. Ajutise lähenemiskeelu määrust on võimalik vaidlustada (KrMS § 141¹ lg 5). Määrust pole võimalik vaidlustada juhul, kui dokument on koostatud põhjendatuse kontrolli raames (KrMS § 141² lg 3).

Käsitlemist väärrib veel kahtlustatava vara arestimisvõimalus kohtueelses menetluses, mis saab aset leida prokuröri taotluse ning eeluurimiskohtuniku määruse alusel (KrMS § 142 lg 2). Ka sellel tõkendi kohaldamisel on seaduses fikseeritud eeldused³⁹, mida kontrollib eeluurimiskohtunik kriminaaltoimikus sisalduva materjali pinnalt. Kuivõrd vara arestimine allub kohtueelses menetluses kohtulikule kontrollile⁴⁰, on ka selle tõkendi puhul KrMS §-st 142 lg-st 5 tulenevalt võimalik teostada kaitsjal oma esindatava nimel kaitseõigust, ent seda alles määruskaebe korras (KrMS § 385 p 5).

Kohaldamaks kahtlustatava suhtes kriminaalmenetlust tagavaid vahendeid, on eranditult hädavajalik põhjendatud kuriteo kahtluse⁴¹ ning seejärel tõkendi spetsiifiliste eelduste olemasolu. Tõkendi kohaldamiseeldusi kontrollib eeluurimiskohtunik prokuröri taotluse alusel

³⁷ RKKKm 14.11.2005, 3-1-1-125-05, p 6.

³⁸ P. Pikamäe, jt. *Supra* nr 13, § 141² kom. 2. Vt KrMS § 141².

³⁹ Vara arestimise eelduste kohta vt täpsemalt P. Pikamäe, jt. *supra* nr 13, § 142 kom. 2. Arestimise objekt jj.

⁴⁰ *Ibid*, § 142 kom 8.2.

⁴¹ RKKKm 01.02.2012, 3-1-1-105-11, p 12.2; RKKKm 08.03.2017, 3-1-1-117-16, p 17.

kriminaaltoimiku pinnalt. Vahistamise, kautsjoni ning ajutise lähenemiskeelu arutamisel antakse kahtlustatavale ja tema soovil ka kaitsjale võimalus avaldada arvamust tõkendi kohaldatavuse üle või taotlema kergema kriminaalmenetlust tagava meetme kohaldamist. Nimetatud tõkendeid saab vaidlustada ka määruskaebe korras. Ametist kõrvaldamise ja vara arestimise puhul ei ole võimalik realiseerida kaitseõigust nende taotlemise ajal. Ametist kõrvaldamise põhjendatusele saab kaitsja anda hinnangu iga nelja kuu tagalt alates selle kohaldamisest. Kehtiv õigus annab ametist kõrvaldamise kohtumääruse tegemise korral võimaluse määruskaebuseks. Vara arestimise puhul on kaitseõigust võimalik realiseerida ainult läbi määruskaebuse. Järelikult on sõltuvalt ajahetkest kaitseõiguse teostamine võimalik kõikide käsitletud tõkendite puhul

Nii prokurör kui ka eeluurimiskohtunik peavad oma menetlusotsusi põhistama, näidates ära taotletava tõkendi kohaldamise eeldused ja vajaduse, sest sellisel tagatakse tõkendi kohaldamise seaduslikkus. Tõkendi kohaldamise vajadust saab põhistada mõistagi kriminaalmenetluses seaduslikult kogutud tõenditega. Üheks selliseks tõendiks saab olla seadusliku jälitustegevuse tulemusena sündinud jälitusprotokoll. Vandeadvokaat L. Glikman on avaldanud seisukoha, mille järgi omandavad jälitustegevuse protokollid tõendi staatuse üksnes selle aluseks oleva loa ja teiste kontrollitavate materjaliga, mistõttu tuleb need kõik kajastada toimikus.⁴² Seega järeldub üheselt - kaitsja saab anda oma hinnangu tõkendi kohaldamise otsustamisprotsessis, põhjendatuse kontrollis või selle vaidlustamisel üksnes siis, kui talle tehakse kättesaadavaks informatsioon, mille pinnalt või abil plaanitakse langetada otsus tõkendi kohaldamise või selle jõusse jätmise suhtes. Et mainitud funktsiooni edukalt täita, peab kaitsja saama vahetult tutvuda või võimalikult täpse ülevaate, kontrollides seega, kas: (I) jälitustoiming ise oli teostatud kooskõlas kehtiva õigusega (jälitustegevuse materiaalne kontroll); (II) jälitustoimingu on sooritanud pädev asutus või isik selleks antud loa piires (jälitustegevuse formaalsete nõuete kontroll); (III) jälitusprotokoll vastab eespool käsitletud kehtivast õigusest tulenevatele nõuetele ning kas seal sedastatud info on usaldusväärne, teostatud jälitustoimingule vastav ning piisav menetlusotsuse tegemiseks (tõendi enda seaduslikkuse, protokollis kajastatu paikapidavuse ning kvaliteedi kontroll); (IV) kui tõkendit põhjendamisel tuginetakse jälitusprotokollile, siis kas kriminaalmenetluse tagamiseks vajalikud eeldused on täidetud või esineb võimalus määruskaebeõiguse teostamiseks (kaitseõiguse reaalne teostamine, mis eeldab

⁴² L. Glikman, Põhjendamatu sekkumine majandustegevusse ja jälitustegevus, *Juridica* 4/2011, Lk 251.

I - III faasi läbimist). Välja toodud faase tähistatakse töös alternatiivselt väljendiga *kaitsetrepp*⁴³.

1.3. Milles seisneb kaitsjate rahulolematuse - probleemid ja nende allikad?

1.3.1. Riigisaladus ja -julgeolek vs aus ja õiglane kriminaalmenetluse tagamine

Vandeadvokaat Glikman on Juridica veergudel väljendanud frustratsiooni selle üle, et kaitsjatele jäetakse riigisaladuse ettekäändel tutvustamata nii jälitustegevusega kogutud tõendid kui ka jälitustoimik. Õiguspraktiku mure järgi pole tema ega teised kaitsjad kogu jälitustegevuse aluseks oleva materjali salastatuse tõttu suutnud pakkuda enda klientidele efektiivset kaitset. Nii puudub Glikmani arvates sellisel lahendusel kooskõla õiglase kohtupidamise põhimõttega.⁴⁴ Seisukohast järeldub - riigisaladus on midagi sellist, mille esinemisel on kriminaalmenetluses nõ 'tule all' ausa ja õiglase kohtupidamise põhimõte, täpsemalt aga kaitsja võimalus teostada efektiivset kaitset.

Riigisaladuse mõiste avab RSVS § 3 p 1, mille järgi on tegemist teabega, mis vajab kaitset avalikuks tuleku eest Eesti Vabariigi julgeoleku või välissuhtlemise tagamise huvides. RSVS eristab riigisaladusi esmalt nende salastatuse tasemete järgi, alates seega piiratud tasemest ning lõpetades täiesti salastatud tasemega.⁴⁵ Teisalt diferentseeritakse riigisaladust lähtuvalt selle sisust. Nii tunnistab RSVS välissuhete, riigikaitse, korrakaitse, julgeolekuasutuste, infrastruktuuri ning teabekaitse riigisaladust⁴⁶. Kõigil välja toodud riigisaladuse alakategooriatel on RSVS- st nähtuvalt kindel sisu, salastatusulatused, juurdepääsupiirangud ning kustumistingimused. RSVS alusel kehtestatud Vabariigi Valitsuse määrusest nr 262 'Riigisaladuse ja salastatud välisteabe kaitse kord'⁴⁷ selguvad käsitletud riigisaladuste alaliigid ning nendele laienev kaitse ulatus⁴⁸.

⁴³ *Kaitsetrepp* sobib kokkuvõtlikult tähistama kirjeldatud kaitsemetoodikat. Kontrollides kindlas järjekorras ning süsteemselt faasi läbimiseks vajalikku teavet, on ainult seljuhul võimalik kaitsjal veenduda õiguspäraselt kohaldatud tõkendis. Kaitsemetoodika eduka rakendamise lõpptulemus seisneb ka efektiivses võimaluses kasutada KrMS-s sätestatud menetluslikke õiguskaitsevahendeid juhul, kui kohaldatud tõkend pole kaitsja arvates kooskõlas kehtiva õigusega.

⁴⁴ L. Glikman, *supra* nr 42, Lk-d 251.

⁴⁵ Vt riigisaladuse tasemete kohta täpsemalt RSVS § 5 p-d 1 -5.

⁴⁶ Vt toodud riigisaladuste definitsioonide kohta RSVS §-d 6 - 10.

⁴⁷ Vabariigi Valitsuse määrus 20.12.2007 nr 262 „Riigisaladuse ja salastatud välisteabe kaitse kord” - RT I, 28.06.2017, 56.

⁴⁸ *Ibid*, vt § 6, mis hõlmab korrakaitse riigisaladuse alaliike. Paragrahvi järgi on riigisaladuseks jälitusasutuste poolt jälitustegevuse käigus kogutud teave ning teabe kogumisel kasutatud meetodika, taktika ja vahendeid käsitleva teabe osas, mis käsleb näiteks (lg 1): tunnistajakaitse teostamiseks jälitustegevusega kogutud teavet (p 1); jälitusasutuse poolt jälitustoiminguga kogutud teavet (p 2); jälitustegevuses salajasele koostööle kaasatud isikult saadud teavet (p 3), sh ka andmeid tema identiteedi kohta (lg 2); PPA poolt koostatud organiseeritud kuritegevuse

Käesoleva töö uurimisküsmust silmas pidades puudub vajadus peatuda üksikasjalikult kõigil riigisaladuse alaliikidel, nendega seotud salastatuse astmetel, juurdepääsupiirangutel ning kustumistingimustel. Kaitsjale saab pakkuda huvi üksnes kriminaalmenetluses lubatud tõendid ning materjal, mille najal on võimalik veenduda selliste tõendite lubatavuses ja korrektses sisus. Edukate kaitsevaidete püstitamiseks on vajalik läbida *kaitsetrepp*. Kuivõrd saab kõnealuse kaitsemetoodika realiseerimise takistuseks olla esmajoones riigisaladus, puudubki riigisaladuse nüansirohke regulatsiooni käsitlemisel mõte. Eelnevat põhjusel, et teatavasti pole kriminaalmenetluses lubatud igasuguse riigisaladusega kaitstud teabe kasutamine. Huvi saab pakkuda üksnes see RSVSi alusel riigisaladusega kaitstud informatsioon, mille kasutamist võimaldab kehtiv KrMS. Seega pakub käesoleva töö seisukohalt huvi üksnes selline riigisaladusega kaitstud teave, mille suhtes on kaitsjal põhjendatud huvi kriminaalmenetluses.

K. Kaule arvates on riigisaladus on midagi sellist, mille kaitsmise arvelt on Eesti õiguspraktikas põhjendatud kahtlustatava PS- st⁴⁹ tuleneva informatsioonivabaduse § 44 ning §-dest 14 ja 15 õiguse ausale kohtumenetlusele ulatuslik piiramine legitiimsel eesmärgil, mis seisneb ühe väljundina riigi siserahu kui kollektiivse avaliku õigushüve kaitsevajaduses. Selliselt saab vältida riigisaladusega kaitstud teabe sattumist kuritarvituse objektiks.⁵⁰ Põhimõtteliselt sarnasele seisukohale on asunud ka EIK kaasuses *Klass jt. vs Saksamaa*.⁵¹ Kohus pidas põhjendatuks demokraatlikus ühiskonnas ulatuslikku isiku põhiõigustesse sekkumist eesmärgiga, kindlustada riigi julgeoleku, avalike huvide ning teiste isikute fundamentaalsete õiguste kaitse. Nii on õigustatud hoida isikute eest saladuses jälitusasutuse agentide nimesid, töömeetodeid ning -valdkondi, sest selliselt on võimalik tagada salajase jälgimise efektiivsus.⁵²

*Strasbourg*gi kohus on pidanud võimalikuks versiooni, mille järgi võib jälitustegevusest saada riigiametnike kuritarvituslik tööriist.⁵³ Selleks, et kuritarvitusi vältida, tuleb riigil luua üksikisikute kaitseks tõhus menetlusgarantiide süsteem.⁵⁴ S. Laose sõnastatu suunab PS §-s 15 sätestatud põhiõiguse juurde, mille sisuks on mh õigus saada tõhusat ning ausat kohtulikku

ohuhinnangutes ning ülevaadetes kajastav jälitustegevuse käigus kogutud teavet (p 4); jälitustegevuses kasutatavaid meetodeid, taktikat ja vahendeid (p 5); andmeid jälitusasutuse poolt teeseldud isiku või organi kohta (p 7); andmed politseiagendi kohta (lg 3) jne.

⁴⁹ Eesti Vabariigi põhiseadus - RT I, 15.05.2015, 2

⁵⁰ K. Aule, Riigisaladus - kas „salajane õigus?“, *Juridica* 5/2002, Lk 307; M. Ernits, jt. Eesti Vabariigi põhiseadus. Kommenteeritud väljaanne. 4., täiend. vlj. Tallinn: Juura, 2017, § 44 kom. 36.

⁵¹ EIKo 06.09.1978, *Klass and others vs. Germany*, p-d 46, 48 ja 60.

⁵² *Ibid*, p 58.

⁵³ *Ibid*, p 47.

⁵⁴ S. Laos, *supra* nr 18, Lk 2413

õiguskaitset. Paragrahvi 15 peetakse Eesti Vabariigi EIÕK art 6 lg 1 väljenduseks⁵⁵, mille eesmärk on mh kindlustada põhiseaduslik kaitse ebaseadusliku tõkendi kohaldamise⁵⁶ ning jälitustegevuse vastu⁵⁷.

EIK pole andnud head vastust küsimusele, mis on õiglane kohtupidamine, ent on käsitletud kontseptsiooni hõlma all doktriine, mille abil on seda võimalik sisustada situatsioonipõhiselt. Kahtlemata on õiglase kohtupidamise üks kõige olulisematest printsiipidest võrdsete relvade põhimõte (*equality of arms*, edaspidi *EoA*).⁵⁸ *EoA*-d võib iseloomustada kui tööriista, mis aitab jõuda õiglase kohtuliku arutamiseni, olles seega hädavajalik võistleva menetluse komponent. Käesoleva teadustöö kontekstis tuleb selle põhimõtte järgi üldjuhul tagada tõkendi arutamisel osalevatele pooltele kogu jälitustegevusega kogunenud materjal, mis aitab neil lõppastmes veenduda kohaldatud tõkendi õiguspärasuses. Kaitsja perspektiivist vaadatuna aga kogu jälitustoiminguga kogunenud materjali kättesaadavuse tagamist *kaitsetrepi* läbimiseks, et pakkuda kliendile kriminaalmenetluses tõhusat kaitset ebaseadusliku riigivõimu vastu.⁵⁹

L. Glikmani mure, millest nähtuvalt ei suuda kuidagi eksisteerida kaks väga vastandlikku huvi teineteise kõrval, on igati põhjendatud. Vandeadvokaadi mure pole ainult riigisisene, vaid lausa universaalne.⁶⁰ Kuivõrd on isegi EIK pidanud põhjendatuks teatud juhtudel, meetmetega ja ulatuses piirata *EoA* positiivset toimet kaitsja õigustele⁶¹, saabki kriminaalmenetluses kahe väga vastandliku huvi tasakaalustamise probleem olla lõputute vaidluste esemeks.

1.3.2. Kahtlus prokurööri suutlikkuses olla objektiivne kohtueelse menetluse juht

Eesti kriminaalmenetluse kohtueelses staadiumis peitub veel üks aluspõhimõtteline probleem, millel on potentsiaali avaldada negatiivset toimet kaitsja juurdepääsuõigusele tutvuda tõkendi taotlemise aluseks oleva materjaliga. Kõneaines oleva probleemi õiguslik alus on KrMS § 211 lg 2, mis on Eesti juristkonnas tuntud kui inkvisitsioonilise menetluse tuum.

⁵⁵ M. Ernits, jt. *supra* nr 50, § 15 kom 6 ja 8.

⁵⁶ Vt EIKo 08.11.2016, *Savisaar vs. Eesti*, p-d 7, 10 ja 26.

⁵⁷ M. Ernits, jt. *supra* nr 50, § 15 kom 32.

⁵⁸ P. Van Dijk, jt. *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 5. Ed, Intersentia Ltd 2018, Lk-d 561 - 562.

⁵⁹ Vt nt EIKo 15.07.2003, *Ernst and others vs. Belgium*, p-d 60 - 61.

⁶⁰ D. Bigo, and others. *National Security and Secret Evidence in Legislation and before the Courts: Exploring the Challenges*, CEPS Paper in Liberty and Security in Europe, No. 78/January 2015, Lk i. Euroopa Poliitika Uuringute Keskuse (edaspidi CEPS) uuringust avaldub, et riikides nagu Saksamaa, Itaalia või Hispaania pole võimalik tasakaalustada kaitseõigusi ja õigust ausale kohtupidamisele riigi julgeoleku või riigi huvide vastu, kuna see tooks endaga otseselt kaasa vastuolu nende riikide põhiseaduslike raamistikega.

⁶¹ EIKo 19.12.1989, *Kamasinski vs. Austria*, p 88.

Et jõuda sättest tuleneva probleemi olemuseni, on oluline esmalt saada selgus sellest, millist rolli mängib vastav paragrahv *kaitsetrepi* meetodika võimalikuks saamisel.

KrMS §-d 30 lg 1 ja 211 lg 2 kohustavad koostoimes prokuröri seaduslikult ja tulemuslikult juhtima kohtueelset menetlust ning sealjuures koguma nii süüstavaid kui ka õigustavaid tõendeid. Kohtueelses menetluses tähendavad nimetatud sätted seda, et enne tõkendi taotlemist eeluurimiskohtunikult, tuleb prokuröril panna kokku kahtlustatavat süüstavate ning õigustavate tõendite pakett kriminaaltoimikuna.⁶² Toimikusse lisatav materjal peab olema taotluse lahendamiseks ka asjakohane (KrMS § 223 lg 2). Kui jälitustegevuse käigus selgub kahtlustatavat õigustav teave, tuleb see lisada kriminaaltoimikusse.⁶³ Autori arvates tähendab süüstav materjal tõkendi taotlemise kontekstis selliseid tõendit, mis aitab prokuröril veenda eeluurimiskohtunikku tõkendi kohaldamise vajaduses ja õiguspärasuses. Õigustavaks materjaliks tuleks lugeda tõend või teave, mille abil on võimalik kritiseerida ja efektiivselt kummutada prokuröri taotluses või muus vormis avaldatud süüstavaid väiteid. Eelnev tähendab võimalust lükata ümber nii põhjendatud kuriteokahtlust kui ka teisi spetsiifilisi tõkendi kohaldamise eelduseid, kuid mitte ainult. Õiguskirjanduses on süüdlasest õigustavate tõendite mõistele omistatud ka tema olukorda kergendava või prokuröri tõendi kvaliteeti kritiseerimist võimaldava teabe tähendus.⁶⁴ Kui kriminaaltoimik sisaldab tõkendi kohaldamisotsustuse langetamisel kirjeldatud tunnustele vastavat informatsiooni, on täidetud KrMS § 211 lg- st 2 tulenev nõue. Järelduvalt ei täida KrMS § 211 lg 2 eesmärki isegi pelgalt jälitusprotokolli lisamine kriminaaltoimikusse, vaid dokumentide kogumisse tuleb lisada ka kogu selline jälitustegevusega kogunenud materjal, mis võimaldab hinnata kogu vastava menetlustoimingu õiguspärasust. Üksnes siis saab eeluurimist tagava meetme otsustamise puhul selguda, kas selle kohaldamine on õigustatud (objektiivse tõe eesmärk kohtueelses menetluses).

Eesti kriminaalmenetluse õigus väljendab tervikuna hübriidmudelit, milles on läbi põimunud inkvisitsiooniline ja võistlev menetlus.⁶⁵ Nii lähtutakse eeluurimisel eeldusest et õiguskaitseorganid on erapooletud materiaalse tõe väljaselgitajad, kohtumenetluse võistlevuse ajal selgub aga tõe formaalses mõttes prokuröri ja kaitsja vahelise võistluse tulemusel.⁶⁶ Vaatamata KrMS § 211 lg- st 2 tulenevale nõudele, selgitab Namm, et ta pole kohanud ühtegi

⁶² RKKKo 11.04.2013, 3-1-2-1-13, p 12.4.

⁶³ K. Namm, *supra* nr 31, Lk 93.

⁶⁴ C. C. Jalloh, Equality of Arms in International Criminal Law: Continuing Challenges, Legal Studies Research Paper Series No. 2013-28, University of Pittsburgh Sept. 2013, Lk 284.

⁶⁵ U. Lõhmus, Peajoonest kõrvalekalduvaid mõtteid kriminaalmenetluse eesmärgi ja legitiimsuse kohta, *Juridica* 3/2013, Lk 203.

⁶⁶ M. Heger, Võistlevad ja inkvisitsioonilised elemendid Euroopa liidu liikmesriikide kriminaalmenetluse seadustikes - väljakutse kriminaalmenetlusõiguse euroopastumise jaoks, *Juridica* 1/2013, Lk-d 43 - 44.

kohtule esitatud jälitustoimingu protokoll, kust nähtuks ka kaitsealust õigustav teave. Kui jälitustegevuse käigus selgunud õigustav materjal on lisatud kriminaaltoimikusse, on täidetud KrMS § 211 lg- st 2 tulenev nõue, sest kriminaaltoimikusse võib panemata jätta üksnes tõendamiseseme seisukohalt irrelevantse materjali.⁶⁷ Vandeadvokaat väljendab loomulikult vaid enda vaatenurka, kuid mõeldes prokuröri laiaulatuslikele volitustele kohtueelses menetluses ning asjaolule, mille järgi vastutab üks prokurör oma kriminaalasja eest kuni jõustunud kohtuotsuseni välja, julgeb autor kahelda ühe riikliku süüdistaja inimlikus suutlikuses olla objektiivne. Kahtluse võimalikkusele on tähelepanu pööranud ka riigikohtunik E. Kergandberg ning endine riigi peaprokurör N. Aas.⁶⁸

Prokuröri lõppeesmärk ei pruugi olla suunatud tõetsinguile, vaid pigem isiku süü tõendamisele ja repressioonile⁶⁹, kui temas on tekkinud selleks vastav siseveendumus (ProKS⁷⁰ § 2 lg 2). Siseveendumus sellest, millise suuna võtab kriminaalmenetlus ning kas see võib välja jõuda nt võistleva üldmenetlusi, võib prognoosotsusel siinkirjutaja meelest olla potentsiaal panna prokurör tahtma väljuda õiglase tõetsija rollist ning võtta kaalutlusele kehtiva õigusega lubatud meetmed, et saavutada juba eeluurimises riikliku süüdistaja huvid. Kui prokuröri siseveendumus peaks võtma kirjeldatud suuna juba kohtueelses menetluses, kannatab oluliselt KrMS § 211 lg- ga 2 taotletud eesmärk. Nõnda on asjakohane A. Smith märged, et vaid võistlev menetlus on võimeline tekitama prokurörides sellise võidujanu, mis paneb neid erienvatel kaalutlustel hüljama tõetsija ning eelistama taotluslikult võitja staatust.⁷¹ A. Smithi käsitluses on prokurörid võidujanu nimel seljatanud ausa ja õiglase menetluse doktriini, jättes nt kaitsjale avaldamata kriminaalasja materjali.⁷² Prokuröridel pole vältimatut kohustust varjata igal juhul kaitsefunktsiooni täitmiseks olulist materjali ega koguda ning esitada peamiselt süüstavaid tõendeid, ent D. K. Browni arvates võib prokurör seda siiski tahta võistlevas menetluses.⁷³ S. M. Boyne ilmestab USA prokuröri kui gladiaatorit, kes on

⁶⁷ K. Namm, *supra* nr 31, Lk 93.

⁶⁸ N. Aas, Eesti prokuratuurisüsteem rahvusvaheliste standardite valguses, *Juridica* 8/2011, Lk 565; P. Pikamäe, jt. *supra* nr 13, §14 p 4.3. Aasa ja Kergendbergi järgi on probleeme, et ühelt isikult oodatakse korraga nii süüdistus- kui ka kaitsefunktsiooni täitmist.

⁶⁹ American Bar Association Standards Relating to the Administration of Criminal Justice, 3 ed, 1992. Lk 404. - Arvutivõrgus: http://www.jblearning.com/samples/0763731692/sample_chapter_7.pdf (12.01.2018).

⁷⁰ Prokuratuuriseadus (ProKS) - RT I, 28.12.2017, 13.

⁷¹ A. Smith, Can You Be a Good Person and a Good Prosecutor, 14 *Geo. J. Legal Ethics*, 2001, Lk-d 388 - 390. - Arvutivõrgus: <https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.ee/&httpsredir=1&article=1891&context=facpub> (12.03.2018). Smith toob välja rea põhjuseid, mis võib panna prokuröre tahtma juba kohtueelses menetlus kindlustama oma võitu. Nendeks mõjutajateks on palk, edutamine ning maineküsimus suurt avalikku tähelepanu pälvivates kaasustes.

⁷² *Ibid*, Lk 390.

⁷³ D. Brown, *Free Market Criminal Justice: How Democracy and Laissez Faire Undermine the Rule of Law*, Oxford University Press 2016, Lk 64.

pandud võistlevas menetluses võitma lahingut ning Saksa prokuröri, kes teenib koostöös kohtunikuga tõe selgitamise funktsiooni.⁷⁴ Kui mõelda Eesti kriminaalmenetlusõiguse terviklikkusele, vastab Eesti prokurör pigem USA gladiaatorliku prokuröri näitele. Järelikult on käesoleva töö autori arvates naiivne eeldada, et Eesti prokurör on tõe väljaselgitamisel objektiivne kohtueelse menetluse juht nagu sätestab kehtiv õigus. Omamata tugevat eeluurimiskohtu instituuti, millel oleks piisavalt võimuvolitusi tagada täielikult nimetatud prokuröri funktsioon, puuduvad peatükis 2.1.1 kajastatud E. Kergandbergi ning N. Aasa väidetest veenvate argumentide väärtused.

Kahtlus prokuröri inimlikus suutlikuses juhtida objektiivset kohtueelset menetlust on leidnud kinnitust ka teiste riikide õiguspraktikates. Itaalias viidi läbi empiiriline uuring, millest selgus, et prokurörid ei ole võimelised olema objektiivsed kohtueelse menetluse juhid, st nad ei pööra võrdväärset tähelepanu nii süüstava kui ka õigustava teabe kogumisele.⁷⁵ Sõltumata tõe väljaselgitamise kohustusest, jättis UK prokurör kaitsjale avaldamata tõendi, mis oleks võimaldanud püstitada mõistliku kahtluse isiku osavõtus toime pannud kuriteos.⁷⁶ Analoogseid juhtumeid, milles prokurör on teinud kaitseõiguse tagamise olulises osas raskemaks, leiab praktikast veelgi.⁷⁷ Näited illustreerivad siinkirjutaja arvates piisavalt, millised probleemid võivad kriminaalmenetluses kerkida juhul, kui ei suhtuta tõsiselt mh kõneaines olevasse kaitseõigusesse. Kriminaalmenetluse süsteemides, milles on tõe väljaselgitamise eest pandud vastutama üks inimene, kellelt eeldatakse pimesi objektiivsust ja neutraalsust, võib jääda selgumata oluline osa tegelikust tõest. Järelikult tekib vajadus teadvustuseks, et ka Eesti

⁷⁴ S. Boyne, *The German Prosecutor Service: Guardians of the Law?* Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2014, Lk-d 31-32.

⁷⁵ R. Montana viitab Itaalias läbi viidud empiirilisele uuringule, millest selgus, et prokurörid ei täida võistlevas menetluses erapooletu materiaalse tõe väljaselgitaja rolli. Uuringus küsitleti 1000 advokaati, kellest: 48,8% vastasid, et prokurörid ei keskendu süüdlast õigustavate asjaolude välja selgitamisele; 19,5% selgitasid, et prokurörid selgitavad õigustavaid asjaolusid välja tänu kaitsjate survestamisele ning 2,1% tõdesid, et prokurör alati selgitab välja ka õigustavad asjaolud. R. Montana, *Adversarialism in Italy: Using the concept of legal culture to understand resistance to legal modifications and its consequences*, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 20(1), 2012, Lk 110.

⁷⁶ The Secretary of State for the Home Department of the Departmental Committee on Identification in Criminal Cases, HC 338, 1976, p 5.3. - Arvutivõrgus: <https://www.physics.smu.edu/pseudo/Eyewitness/DevlinReport.pdf> (13.03.2018). Tegemist on näitega, kus prokurör ja kaitsja tajuvad erinevalt tõendi väärtust. Näide seisneb kokkuvõtlikult järgmises. /.../ Inglismaal süüdistati Laszlo Virag'i parkimisautomaadi tühjendamises. Menetluse kestel tuvastati varastatult rahakonteineritelt ja käsilambilt kindlad sõrmejäljed, mis ei kuulunud Virag'le. Materjale kaitsele ei avaldatud. Politsei püstitas eelduse, et isegi kui sõrmejäljed ei kuulunud Virag'le, on menetluses kogutud piisavalt tugevaid tõendeid, et tõmmata seos sõrmejäljed jätnud isiku ja Virag'i vahele. /.../ Sõltumata tugevatest tõenditest, kirjutas Devilini Komitee, et kõnealuste tõendite avaldamine oleks andnud kaitsele võimaluse tõstatada mõistlik kahtlus Virag'i osalusest varguses./.../

⁷⁷ EIKo 30.06.2009, *Natunen vs. Finland*, p-d 44 - 45. Kaasuse põhiohk keskendus asjaolule, mille kohaselt ei võimaldatud kaitsjal teha valikut jälitustegevusega kogutud tõenditest, et realiseerida kaitseõigust. Täiendavalt piiras kaitseõiguse võimalikkust asjaolu, et eeluurimisfaasis hävitati osa jälitustegevusega kogutud teabest, mistõttu ei saanudki kaitsja teda, kas tegemist oli kaitsealust süüstava või õigustava teabega.

kohtueelne kriminaalmenetlus ei opereeri ideaaltingimustes. Ohtliku hübriidmodeli tingimustes, millest kõige olulisema osa moodustab tõe väljaselgitamise seisukohalt klassikalisest ning hästi opereerivast inkvisitsioonilisest menetlusmudelitest kaugel versioon, vajab riigisisene süsteem tõsisemat suhtumist õiglase menetluse doktriini austamisse.

Järelikult pole kaitsjal võimalik saada kunagi tõsikäindlat tagatist, et prokurör on piisavalt tegelema ka süüdlasle õigustava materjali väljaselgitamisega ning koondama kriminaaltoimikusse kogu vajaliku materjali, mis võimaldab *kaitsetrepi* läbimist. Kui seniuritu pinnalt kujuneb prokuröris veendumus eeluurimisel isiku süüs, saab riikliku süüdistuse eesmärgiks isikule tõkendi taotlemine. Kriminaalmenetluse tagamise mõtet näeb siinkirjutaja kui ettevalmistust isiku kohtu alla andmiseks võistlevas menetluses, kus objektiivsest isikust saab tegelikkuses riiklik süüdistaja, sest tõkendi taotlemine *per se* on olemuslikult süüdistusfunktsiooni väljund. Õigustava materjali edastamisest kohtule saab kaitsefunktsioon, mida saab kahtlustatava soovil täita kaitsja. Kuna *kaitsetrepi* läbimiseks saab kaitse rajada oma argumentid peamiselt kriminaaltoimikust nähtuval, sõltub kaitsja töö tulemus suurel määral muuhulgas sellest, milliseid tõendeid peab prokurör asjakohaseks lisada kriminaaltoimikusse ning milliseid mitte. Töö autor on arvamusel, et kui Eesti inkvisitsiooniline kohtueelne menetlus töötaks ideaalvariandis, poleks põhjust kaitsjatel muret tunda, ent nõustuda tuleb alapeatükis viidatud õigusautoriteetidega, kuna prokurörielt nõutav objektiivsus tõe väljaselgitamisel pole inimlikult võimalik.

1.3.3. Kriminaal- ja jälitustoimikule juurdepääsupiirangu erisused

K. Nammi käsitlesest avaldub probleem, millest nähtuvalt võib *kaitsetrepi* läbitavusele saada otsustavaks riigisaladus, kui selle kaitsmisvajaduses on veendunud pädev õiguskaitseasutuse esindaja.⁷⁸ Vandeadvokaadi probleemi püstituse avamiseks on alljärgnevalt paslik peatuda kahel hiljutisel Riigikohtu lahendil. Esimeses kriminaalasjas jäeti kaitsjatele vahistamismenetluses tutvustamata mh jälitustegevusega kogunenud tõendid, mis olid kantud kriminaaltoimikusse. Teise määruses märgitud asjaolude järgi ei võimaldatud kaitsjal tutvuda jälitustegevusega kogunenud materjaliga, mis esitati vahistamisaotluse põhjendamiseks kohtule jälitustoimikus.

⁷⁸ K. Namm, *supra* nr 31, Lk-d 87 ja 91. /.../ Isegi kui prokurör on praktikas kaitsjale tutvustanud nii jälitusloa taotlust kui ka luba jälitustoiminguks, on riigisaladuse argumentid kinni kaetud sealt enamik osad, mille nägemine ja analüüsimine on Nammi arvates kaitse perspektiivist vältimatult vajalik jälitustegevuse seaduslikkuse kontrollimiseks. Puudub selgus, millisele infole on kaitsjal õigus jälitustegevuse tulemusel saadud infokogumist./.../

Maa- ja ringkonnakohus lugesid põhjendatuks A.K vahistamistaotluse.⁷⁹ Kohtud põhjendasid vahistamise eelduseid mh jälitusprotokollidega, mida ei tutvustatud kaitsjatele järgnevatel põhjustel. Materjali tutvustamata jätmine on põhjendatud A.K mõjuvõimsusega, sest ta võib hakata takistama tõe väljaselgitamist, st mõjutama inimesi andma teda õigustavaid ütlusi.⁸⁰ Jälitustoimingu protokollide tutvustamine võimaldanuks teha olulisi järeldusi kogu kohtueelse menetluse taktika kohta.⁸¹ RK luges eeltoodud argumendid piisavaks, et piirata kaitsja vahetat juurdepääsu mh kriminaaltoimikus olevatele jälitusprotokollidele kui süüstavatele tõenditele.⁸² KrMS § 34¹ lg-s 2 sätestatud õigus pole absoluutne. Kaitsjale ei pea tagama piiramatut juurdepääsu kõikidele kahtlustatavat süüstavale tõenditele, kui sellise õiguse tagamine seaks ohtu avalikud huvid, nt tõe väljaselgitamise eeluurimisel. Seega võib juurdepääsu mõnede kriminaaltoimiku dokumentidele vajadusel piirata.⁸³

Maa- ja ringkonnakohus pidasid vajalikuks vahistada V.Z eeluurimise tagamiseks.⁸⁴ Vahistamisaluste olemasolu kontrollisid ja põhjendasid kohtud valdavalt jälitustegevusega kogunenud teabega (jälitusprotokollide ja jälitustoimikus sisalduva teabega). Kaitsjale keelduti kõnealust materjali tutvustamast, sest jälitustegevusega kogutud materjali tutvustamine võinuks kahjustada tõe väljaselgitamist kriminaalmenetluses ning seada ohtu riigisaladuse.⁸⁵ RK nõustus, et sellised argumendid saavad olemuslikult olla aluseks piirata kaitsja juurdepääsu jälitustegevusega kogunenud materjalile juhul, kui need on põhjendatud. Jälitustegevus kui tõendusteabe kogumise viis ei takista automaatselt sellise teabe tutvustamist kaitsele. RSVS § 8 p 1 ls 3 järgi kustub jälitustoiminguga kogutult teabelt riigisaladus ulatuses, mis on kantud kriminaaltoimikusse või mida tutvustatakse vastavast menetlustoimingust riivatud isikutele. See ei kehti andmete kohta, mis jäävad salastatuks muudel põhjustel, sh näiteks teabe kogumisel kasutatud meetodid, taktika ja vahendid.⁸⁶

Riigikohtu lahendatud kaasustest ilmneb, et kriminaal- ja jälitustoimiku olemuslik erinevus seisneb peamiselt selles, et esimeses sisalduvale teabele ei saa üldjuhul laieneda RSVS- st tulenev riigisaladuse privileeg. Nimelt sätestavad RSVS §-d 8 ja 9, et teatud puhkudel kaotab teave riigisaladusega kaasneva kaitse, kui see kantakse kriminaaltoimikusse.⁸⁷ Kogu ülejäänud

⁷⁹ RKKKm (3-1-1-110-15), p-d 1 ja 3.

⁸⁰ *Ibid*, p 3.5.

⁸¹ *Ibid*, p 6.2.

⁸² *Ibid*, p 22.

⁸³ *Ibid*, p 12.

⁸⁴ RKKKm (3-1-1-27-17), p-d 1 ja 4.

⁸⁵ *Ibid*, p-d 2.1 - 4.1.

⁸⁶ *Ibid*, p-d 11.1 - 11.2.

⁸⁷ RSVS § 8. Korrakaitse riigisaladus on: 1) jälitusasutuste poolt jälitustegevuse käigus kogutud teave ning teabe kogumisel kasutatud meetodeid, taktikat ja vahendeid käsitlev teave, välja arvatud teave, mille avalikuks tulek ei

RSVS §-s 8 ja 9 tulenevale teabele, laieneb riigisaladuse privileeg täiemahuliselt. Isegi kui teabele laieneb riigisaladuse privileeg, annab RSVS § 29 lg 1 ja 2 kaitsjale õiguse saada juurdepääs sellisele infole tema suhtes julgeolekukontrolli teostama, kui vajadus teabe järgi tuleb kaitseõiguse teostamisvajadusest kriminaalmenetluses. Kui kõne all on jälitustegevusega kogunenud materjali tutvustamine, lisanduvad KrMS § 34¹ lg-s 3 sätestatud piiramisalusele täiendavalt RSVS § 29 lg- d 2 ja 4 ning KrMS § 126¹⁴ lg 1.

KrMS § 126¹⁴ lg 1 kehtestab Riigikohtu arvates kolme liiki aluseid, millal võib tutvustamata jätta jälitustoiminguga kogutud andmeid. Nendeks on: (a) andmed, mis puudutavad teiste isikute perekonna- või eraelu või mille varjamine on vajalik nende isikute õiguste ja vabaduste kaitseks (p-d 1 ja 2); (b) andmeid, mis sisaldavad riigisaladust, salastatud välisteavet või teiste isiku seadusega kaitstud saladust, nt ärisaladust (p 3); (c) andmed, mille tutvustamine võib kahjustada jälitustegevusse kaasatud või selles osalenud isiku või tema lähikondlase olulisi õigusi või mis puudutavad jälitusasutuse meetodeid, taktikat ja vahendeid (p-d 4-6).⁸⁸ KrMS §-s 126¹⁴ lg-s 1 sätestatud dokumendi võib Riigikohtu järgi jätta kaitsjale tutvustamata üksnes osas, milles see sisaldab sama sätte p-des 1-7 nimetatud andmeid. Teabe tutvustamata jätmiseks peab see olema seadusega üheselt keelatud või tutvustamise jätmise suhtes esinev huvi peab kaaluma üles teabe tutvustamata jätmisega kaasneva õiguste riive. Piiramisaluste esinemisel saab isikule esitada jälitustoimingu loa ja prokuratuuri taotluse tervikteksti asemel nende väljavõtted, kattes kinni vastava osa teabest.⁸⁹

Juurdepääs KrMS § 126¹⁴ lg- s 1 sätestatud andmetele ei sõltu riigisaladusele juurdepääsu õigusest riigisaladusele RSVS tähenduses. Kui kriminaaltoimikusse kandmisel kustub riigisaladus, siis ei tähenda see kriminaalkolleegiumi arvates, et teavet poleks võimalik edaspidi kaitsta KrMS § 126¹⁴ lg 1 alusel. Seega kui kriminaaltoimikusse on kantud jälitustoimingu protokoll koos teabetalletustega (nt telefonikõne pealtkuulamise salvestis), on siiski võimalik vähemalt osaline juurdepääsupiirang, kui teabetalletuse tutvustamine võib panna ohtu menetlustaktika.⁹⁰

kahjusta Eesti Vabariigi julgeolekut. /.../. Sellise teabe salastatus kustub selles ulatuses, mis on kantud kriminaaltoimikusse /.../. 3) andmed jälitusasutuste politseiagendi kohta. /.../. Sellise teabe salastatus kustub selles ulatuses, mis on kantud kriminaaltoimikusse. /.../.

§ 9. Julgeolekuasutuse riigisaladus on: /.../. 4) julgeolekuasutuse ülesannete täitmisel varjatult kogutud teave ning selle kogumist kajastav teave, välja arvatud käesoleva seaduse § 8 punktis 1 nimetatud teave, mille avalikuks tulek ei kahjusta Eesti Vabariigi julgeolekut. /.../. Sellise teabe salastatus kustub selles ulatuses, mis on kantud kriminaaltoimikusse /.../.

⁸⁸ RKKKo (3-1-1-14-14), p 665.

⁸⁹ RKKKm 17.04.2017, 3-1-1-1-17, p 54.

⁹⁰ RKKKo (3-1-1-14-14), p 666.

Mis puudutab juurdepääsuõiguse piiramist jälitustegevusega kogutud teabele, on KrMS § 34¹ lg 3 ja § 126¹⁴ lg- st 1 tulenevad piiramisalused osaliselt kattuvad. Osas, milles need ei kattu, on need kontrollitavad ja kohaldatavad kumulatiivselt. Kui nt tekib eeluurimisel vajadus piirata kaitsja juurdepääsu nt jälitusloale ning -toimingu protokollile seetõttu, et kahtlustatav võib asuda moonutama tõendeid ning tõendite moonutamise oht seisneb isiku mõjuvõimsuses ähvardada nt politseiagenti või tema perekonnaliikmeid, tulevad kohaldamisele KrMS § 34¹ lg 3 mõlemad alternatiivid ning lisaks KrMS § 126¹⁴ lg 1 p-d 1, 3 ja 4. Kui nt jälitustoimingu videosalvestisest peaks selguma menetlustaktika, on kohaldatav § 126¹⁴ lg 1 p 6.

Kokkuvõtlikult võib jälitustegevusega kogunenud materjali lisamine kriminaaltoimikusse tähendada hulga *kaitsetrepi* läbimist takistavate aluste aktualiseerimist. Kuigi jälitustegevusega kogunenud teabe kandmine kriminaaltoimikusse tähendab RSVS mõttes selliselt teabelt riigisaladuse privileegi kustumist, saab KrMS § 126¹⁴ lg 1 järgi piirata juurdepääsu toimikusse kantud infole. Seega on võimalik nõustuda selles, et kaitsja õigus, mis seisneb õiguses tutvuda ausas ning õiglasel tökendi kohaldamise menetluses jälitustegevusega kogunenud materjaliga *kaitsetrepi* läbimiseks, võib jääda ulatuslike juurdepääsu piiramisaluste varju.

Seoses prokuröri inimliku suutmatusega juhtida objektiivselt kohtueelset menetlust ning kriminaal- ja jälitustoimikule juurdepääsupiirangu erisustega, on õiguspraktikud täheldanud järgnevat. L. Glikman ja P. Keres on hukka mõistnud prokuröri ainupädevuse otsustada materjali tutvustamise üle (KrMS § 34¹ lg 3), sest tema huvi on isik vahi alla võtta.⁹¹ Jõudmaks prokuröri ainupädevuse tegeliku ulatuseni piirata kaitsja juurdepääsu kõneaines oleva teabele, liigitab siinkirjutaja relevantseid kaalutusõigust sisaldavad normid kahte gruppi. Nendeks on: 1) täielik ainupädevus piirata juurdepääsu jälitustegevusega kogunenud materjalile, mis on kantud kriminaaltoimikusse (KrMS §-d 34¹ lg 3 ja 126¹⁴ lg 1) ning 2) alternatiivne pädevus piirata juurdepääsu kriminaalmenetlusliku jälitustegevusega kogunenud materjalile, mis on jälitustoimikus (RSVS §-d 29 lg 1 - 3 ja 126¹⁴ lg 1).

KrMS § 34¹ lg 3 annab prokurörile õiguse piirata sama sätte lg- st 1 tulenevat kaitse õigust. Ringkonnakohtu märke järgi annab seadus lõpliku pädevuse prokurörile otsustamiseks, kas ja millises ulatuses tuleb tutvustada materjali kaitsjale.⁹² Isegi kui esinevad alused, mis takistavad kaitsele vahetat materjali tutvustamist, tuleb Riigikohtu arvates prokuröril esitada reaalsele faktidele osutuvad põhjendused, mis alluvad kohtulikule järelevalvele. Kui esinevad põhjendatud seisukohad, et kahtlustatav võib eeluurimise ajal tõenditega vahetu tutvumise

⁹¹ RKKKm (3-1-1-110-15), p 4.1.

⁹² RKKKm 21.06.2016, 3-1-1-19-16, p-d 3.1 - 3.3.

korral asuda moonutama tõendeid ja kahjustama kriminaalmenetlust, saab eeluurimise ajaks jätta kaitse eest materjali varjatuks. Kriminaalmenetlusõigust on oluliselt rikutud, kui prokurör ega kohtud ei põhista tõendite varjamisvajadust.⁹³ Kuivõrd saab ka KrMS § 126¹⁴ lg 1 järgi jätta jälitustegevusega kogunenud andmed tutvustamata üksnes prokuratuuri loal, on nii KrMS § 34¹ lg 3 kui ka § 126¹⁴ lg-s 1 sätestatud piiramisalused prokuröri ainupädevuse pärusmaa.

Kui prokurör jätab kaitsjale jälitustegevusega kogunenud materjali tutvustamata KrMS § 126¹⁴ lg 1 alusel, on kohtu volitused *EoA* tagamiseks paremad kui KrMS § 34¹ lg 3 puhul. KrMS § 126¹⁴ võimaldab kohtul kontrollida prokuröri määruse reaalsele faktidele tuginevat põhjendatust; kaaluda materjali tutvustamisega või tutvustamata jätmisega kaasnevate õigushüvede riive vahekorda (nt kahtlustatava põhiõigus ausale ja õiglasele menetlusele vs menetlustaktika/politseagendi ja tema perekonnaliikmete turvalisus); kohustada vajadusel prokuratuuri kaitsjale tutvustama jälitusluba ja -taotlust.⁹⁴ KrMS § 34¹ lg 3 puhul piirdub kohtulik kontroll tõkendi arutamisel kasutatavate tõendite kasutamise- või ka hindamisekeeluga juhul, kui kohus ei nõustu prokuröri juurdepääsupiirangu määruse põhjustega.⁹⁵ Seega on kohtuliku kontrolli võimalused KrMS § 34¹ lg 3 puhul piiratumad võrreldes KrMS § 124¹⁶ lg-iga 1. Sätete ühine tunnus on ka kohtu võimetus kohustada prokuratuuri ise kaitsele avaldama jälitusprotokolli kui tõendit või teha seda ise.

Pidades silmas kahtlust prokuröri inimlikus suutlikkuses olla objektiivne kohtueelse menetluse juht, tema eesmärki tõkendi taotlemisel kohtult, samuti kriminaal- ning jälitustoimikus sisalduvale jälitustegevusega kogunenud materjalile juurdepääsupiirangu erisusi, pole olukord ausat ja õiglast menetlust toetav. Olukorras, kus prokuröril on ainupädevus otsustada, kas ja kui suures ulatuses piirata kaitsja juurdepääsu jälitustegevusega kogunenud materjalile, on kohtuliku kontrolli võimalused piiratud. Kohus ei saa ise kohustada prokuratuuri tutvustama kaitsele jälitustegevusega kogunenud tõendeid ega teha seda ise (KrMS § 34¹ lg 3 ja § 126¹⁴ lg 1). Ulatuslik ainupädevus otsustada materjali tutvustamine koostoimes Eesti inkvisitsioonilise kohtueelse menetlusmudeliga võimaldab sündida situatsioonil, milles prokuröril võib tekkida huvi kaitsja kõneaines oleva õiguse ebaproportsionaalseks piiranguks. Kui prokurör jätab kaitsjale tutvustamata jälitustegevusega kogunenud teabest *kaitsetrepi* läbimiseks vajaliku osa, võib saada negatiivselt mõjutatud tõe väljaselgitamine seeläbi, et löögi alla satub aus ja õiglane kriminaalmenetluse tagamise protsess tervikuna. I-IV kaitsemetoodika läbimiseks on kaitsjal põhjendatud huvi tutvuda nii

⁹³ *Ibid.*, p-d 7 ja 9.

⁹⁴ RKKKm (3-1-1-1-17), p-d 61 - 62.

⁹⁵ RKKKm (3-1-1-110-15), p-d 17 - 18.

menetlusedokumentidega, mille abil hinnata jälitustegevuse enda õiguspärasust, kui ka jälitustoimingu käigus tehtud teabetalletustega, et veenduda jälitusprotokollis kajastatu autentsuses.⁹⁶ Kohtul on siinkohal oluline roll veendumaks, et prokurör pole oma ainupädevust kuritarvitanud. L. Glikman ja P. Keres on aga siinkirjutaja meelest põhjendatult kritiseerinud, et just prokurörile antud küsimuses suure kaalutusõiguse andmine on kahtlemata ohtlik.

1.3.4. Kahtlus kohtuliku kontrolli võimaluste efektiivsuses

Kirjatöö autor on seni pööranud rõhku probleemidele, mis kerkivad jälitustegevusega kogunenud materjali tutvustamisel kaitsjale nõ kohtuliku kontrolli mehhanismi väliselt. Murekohad on möödapääsmatud ka viimase puhul. Seoses kohtuliku kontrolli nõrkade kohtadega kohaldatud tõkendi õiguspärasuse hindamisel situatsioonis, kus prokuröri taotluse lahendamisel on tuginetud jälitustegevusega kogutud materjalile, ent teavet ei soovita kaitsjale mingil põhjusel tutvustada, toob siinkirjutaja välja alljärgnevad probleemkohad.

Üks eeluurimiskohtunik, kellel tuleb otsustada jälitustegevuseks jälitusloa andmise; taotletud tõkendi kohaldamiseks vajalike faktide ning õiguslike aluste esinemise; vajadusel jälitustegevuse õiguspärasuse ning sellega kogunenud materjali tutvustamise üle⁹⁷, pannakse ülesannete vastandlikkuse tõttu ebamugavasse olukorda. Glikmani sedastatu järgi on ainult kaitsja see, kes suudab tuvastada eeluurimise käigus kogutud tõendusteabest tema kaitsealust õigustava info. Nii peab vandeadvokaat kummaliseks asjaolu, et järelevalvet analüüsitava küsimuses teostab sama kohtunik, kes andis jälitustoimingu tegemiseks välja loa.⁹⁸ Pole välistatud, et üks kohtunik, kes peab täitma ainuisikuliselt vastandliku sisuga ülesandeid, võib oma otsustes olla suurel määral mõjutatud sellest, millise pildi maalib talle tõkendi taotlemisel prokurör oma menetlusõiguslike eeliste tõttu.⁹⁹ Arvamust õigustab tõsiasi, et Eesti kohtueelses menetluses on süüstavate ja õigustavate tõendite kogumise ainupädevus prokuröril, kes ühtlasi otsustab ka seda, milline tõendusteave läheb kriminaaltoimikusse enne selle esitamist eeluurimiskohtunikule. Seisukohta toetab ka J. D. Jacksoni väljendatu. Ebaõiglase menetluse vältimiseks peaks materjalide tutvustamise üle otsustama eraldi kohtunik (*special disclosure judge*). Kui kohus ei ole ise tutvunud kaitsjale avaldamata jäänud materjaliga, mida pole ühtlasi ka mingil põhjusel kriminaaltoimikusse lisatud, on raskendatud kaitseõiguse tagamise

⁹⁶ *Supra* nr 43.

⁹⁷ Eeluurimiskohtuniku ülesannete kohta vt P. Pikamäe, jt. *supra* nr 13, § 22 kom 1 ja 2.

⁹⁸ L. Glikman, *supra* nr 42, Lk 251.

⁹⁹ W. van Caenegem, *Advantages and Disadvantages of the Adversarial System in Criminal Proceedings*, Bond University Law Faculty Publications 1999, Lk-d 79 - 80.

seisukohalt piisav kohtulik järelevalve, kuna kohtul puudub terviklik pilt tegelikust faktilisest olukorrast.¹⁰⁰ Kuna Eesti õigusruumis puudub spetsiaalne materjali avaldamise üle järelevalvet pidev kohtunik, tuleb nõustuda, et kaitsja saab olla Eestis hetkeseisuga kõige kindlam õigusprofessionaal, kes suudab kohtu ette tuua kaitsealuse olukorda soodustavat materjali. Kõneaineks oleva kaitsja volituse respektseerimine oleks seega kõige efektiivsem meetod vähendamaks prokuröri poolset volituste kuritarvitamise võimalust¹⁰¹ eeluurimiskohtunikule kaasuse ettekandmisel.

Kehtiv õigus ahendab kohtu võimalusi kohustada prokuröri tutvustama kaitsjale jälitustegevusega kogunenud materjali. Tõendite tutvustamisest keeldumise põhjendatuse analüüs allub kohtulikule kontrollile, ent kohus ei saa Riigikohtu arvates prokuröri riigisisese õiguse järgi kohustada kaitsjale ise tõendeid näitama, ega teha seda ise.¹⁰² Teisest küljest on tänuväärne, et kohtul on kaitsja taotluse korral kohustus poolte võrdsuse tagamiseks kontrollida jälitustegevuse seaduslikkust, kui seda taotleb kaitsja.¹⁰³ Viimane on siiski vaid üks osa *kaitsetrepi* meetodika läbimist soodustavast abinõust.

Viimane probleemidering seondub kohtulikuks järelevalveks kuluva ajaga. Ajaks, mil RK jõudis menetlusõiguse olulise rikkumise fikseerimiseni, oli kahtlustatav antud kriminaalasjas kohtu alla, milles jäeti muutmata tema tõkend. Kassatsioonikohus nentis sisuliselt oma võimetust pakkuda efektiivset kohtulikku kaitset.¹⁰⁴ RK on seisnud analoogse olukorra ees korduvalt.¹⁰⁵ Kahjuks on kahtlemata tegemist näidetega, kus kohtulik kontroll ei ole suutnud täita oma eesmärki - tasakaalustada kaitsepoolt selliselt, et kaitsja saaks läbida *kaitsetrepi*. Kohtuliku kontrolli sisutühjaks muutmise, menetluse ressursikulu ning asjatu põhiõiguste rikkumise oleksid kohtud saanud ära hoida juba varajases menetlusetapis.¹⁰⁶ Käsitletud kohtupraktika osundab kohtute ebaõnnestumisele PS §-dest 14 ja 15 tuleneva funktsiooni täitmisel ning kehtiv KrMSi ei välista vastavate juhtude kordumist.

¹⁰⁰ J. D. Jackson and S. J. Summers, *The Internationalisation of Criminal Evidence: Beyond the Common Law and Civil Law Traditions*, Cambridge University Press 2012, Lk 320.

¹⁰¹ Kriminaalmenetluse seadustiku ja teiste seadustemuutmise seaduse eelnõu seletuskiri 295 – seisuga 01.01.2013. – Arvutivõrgus: <http://www.riigikogu.ee/download/1cb3dcb1-6338-46d9-ae32-8c71e77876ec> (21.02.2018). Eelnõus on seadusloomega tegelevad ametnikud iseäranis nentinud võimalust, et süüdistuseks ettevalmistav osa täitevvõimust võib asuda kuritarvitama riigisaladuse privileegi materjali varjamiseks kaitse eest.

¹⁰² RKKKm (3-1-1-110-15), p-d 17 ja 18.

¹⁰³ RKKKo 28.04.2011, 3-1-1-31-11, p 27.

¹⁰⁴ RKKKm (3-1-1-27-17), p 15.5.

¹⁰⁵ RKKKm (3-1-1-19-16), p 10.

¹⁰⁶ B. M. Fiori, *supra* nr 1, Lk 2. Ebapiisav jälitustegevusega kogunenud materjali avaldamine tekitab pika ning aeganõudva kohtuvaidluse, mis mõjutab ladusat kriminaalmenetluse kulgu, takistades kohtuotsuseni jõudmist.

II. KAITSJALE JÄLITUSTEGEVUSEGA KOGUNENUD MATERJALI KOHTUEELSES MENETLUSES TUTVUSTAMISE VASTU- JA POOLTARGUMENDID

2.1. Vastuargumendid tutvustamisele

2.1.1. Erapooletu ja objektiivne kohtueelne menetlus

Kaitsjale kohtueelses menetluses jälitustegevusega kogutud materjali tutvustamise vajaduse kahjuks räägib asjaolu, et Eesti kohtueelne kriminaalmenetlus järgib inkvisitsioonilise menetluse mudelit. Inkvisitsioonilisel menetlusmudelil on käesoleva töö kontekstis mh omane aspekt, et erapooletu, sõltumatu ning objektiivne prokurör, kes on kohustatud välja selgitama kõik süüalust õigustavad ja süüstavad asjaolud, peab tagama kogu kohtueelse menetluse seaduslikkuse, sh. kahtlustatava õigused.¹⁰⁷ Viidatud teooria kohaselt on seega kaitsjale kõnealuse teabe tutvustamine ebavajalik, sest kohtueelse menetluse seaduslikkuse eest vastutab objektiivne prokurör (KrMS § 30 lg 2 ning § 211 lg 2). Kõnealuse prokuröri funktsiooni seadusega kooskõlalist kulgemist kontrollib eeluurimiskohtunik (KrMS § 21).

Inkvisitsiooniline menetlusteooria sisaldab autori arvates suuresti kuritegevuse kontrolli mudeli (*crime control model*) tunnuseid. Kuritegevuse kontrolli mudel toetub Packeri järgi eeldusele, et objektiivse, sõltumatu ning eksimatu uurimisasutuse ning prokuratuuri ülesandeks on välja selgitada võimalikult kiiresti ning minimaalse ressursikuluga tõde, sh saavutada iga hinna eest süüdimõistev lahend.¹⁰⁸ Eelnenditust tulenevalt on kaitsja pigem ebavajalik, sest viimane ainult takistab efektiivset kriminaalasja lahendamist.¹⁰⁹ Inkvisitsioonilise menetlusmudeli teooria paneb N. Jörgi arvates kuriteo tõendamise kohustuse analoogselt kuritegevuse kontrolli mudeliga prokurörile. Väga oluline funktsioon on laiaulatuslike volitustega eeluurimiskohtunikul, kellel on aktiivne kohustus selgitada välja tõde. Nii juhendab ja juhib eeluurimiskohtunik kriminaalmenetluse algetappides aktiivselt prokuröri tööd.¹¹⁰

¹⁰⁷ A. Ringnalda, *Inquisitorial or Adversarial? The Role of the Scottish Prosecutor and Special Defences*, Utrecht Law Review, Vol. 6, Issue 1, Jan. 2010, Lk 130.

¹⁰⁸ H. L. Packer, *Two Models of the Criminal Process*, University of Pennsylvania Law Review, Vol. 113 No. 1 Nov. 1964, Lk-d 9 - 11, 13.

¹⁰⁹ A. Sanders, and others. *Criminal Justice*, 4th ed, Oxford University Press 2010, Lk-d 21 -22.

¹¹⁰ N. Jörg, and others. *Are Inquisitorial and Adversarial Systems Converging?*, In: Harding, Christopher, Fennell, Philip William Hugh, Jörg, Nico and Swart, Bert eds. *Criminal Justice in Europe: A Comparative Study*, Oxford: Clarendon Press 1995, Lk-d 46 - 47.

Passiivne kaitsja saab valdavalt jälgida, et menetlejad tagaksid tema kaitsealuse õigused ning teha lärmi, kui neid ei tagata tõe väljaselgitamisel.¹¹¹ Suur tähtsus on kriminaaltoimikul, kuhu tuleb tõe selgumise huvides koondada kogu teave teostatud menetlussammudest. Viimase eest vastutab lõppastmes eeluurimiskohtunik. Õiguskaitseorganid ja kaitsja pole kohtueelses menetluses võrdsed, sest enamus tõe väljaselgitamisega kaasnevaid kohustusi on riigi nimel tegutsevate institutsioonide õlul.¹¹²

Nagu sedastatud, on ka Eesti kohtueelne menetlus teoorias inkvisitsiooniline, milles on pandud tõe väljaselgitamise koormis peamiselt objektiivsele ning eksimatule prokurörile. Riigikohtunik E. Kergandberg on sedastanud, et prokuratuur ja uurimisasutus peavad kohtueelses menetluses täitma võrdväärselt nii süüdistus- kui ka kaitsefunktsiooni.¹¹³ Prokuröri kohtueelse menetluse juhtimis- ja järelevalvefunktsiooni, mis hõlmab endas kohustust tagada kohtueelse menetluse seaduslikkus ning isikute õiguste järgimine, on jaatanud ka N. Aas.¹¹⁴ U. Lõhmuse teoretiseering näib seisukohti kinnitavat. Nimelt on aktsepteeritav, et kohtueelses menetluses puudub võrdsus süüdistus- ning kaitsepoole vahel. Eelnev on tuletatav prokuröri isikliku huvita tegutsemiskohustusest kohtueelses menetluses tõe väljaselgitamise agendina. Menetleja on pandud teenima seega õiglust.¹¹⁵ Nõnda on selgitatav ka kohtueelse menetluse salajane iseloom, mis on tingitud menetluse eduka lõpuleviimise huvist.¹¹⁶ Mõtte prokuröri erapoolikusest süüstavate ja õigustavate tõendite kogumisel kõrvaldab E. Kergandbergi arvates võimalik vastutus teadlikult esitatud ebaõige süüdistuse eest.¹¹⁷

Alapeatükis 1.3.2 viidatu järgi N. Aas kahtles prokuröri võimekuses olla objektiivne kohtueelse menetluse juht, on ta enda väite ka lükanud ümber tõdemusega, mille järgi enim põhiõigusi riivavaid menelustoiminguid on lubatud teha üksnes eeluurimiskohtuniku otsustuse alusel.¹¹⁸ Kuivõrd on sõltumatult eeluurimiskohtunikul kohustus tagada kohtueelses menetluses kahtlustatavale reaalne võimalus end kaitsta (KrMS § 8 p 2), on kaitsjale materjali tutvustamine ebavajalik ka põhjusel, et õigusmõistjal on niikuinii riigisaladuse luba (RSVS § 27 lg 1 p 4). Kuigi RSVS- st tulenevalt pole kaitsjal kriminaalmenetluses kaitseõiguse teostamiseks vaja riigisaladuse luba, viitab kohtuniku ametikohajärgne riigisaladuse luba faktile, et julgeolekukontrolli läbinud ametnik on oluliselt usaldusväärsem kaitstud materjaliga

¹¹¹ J. Hodgson, *The Role of the Criminal Defence Lawyer in Adversarial and Inquisitorial Procedure*, The University of Warwick, Nov. 2009, Lk 10.

¹¹² N. Jörg, and others. *supra* nr 110, Lk 47.

¹¹³ P. Pikamäe, jt. *supra* nr 13, § 14 kom 4.3.

¹¹⁴ *Ibid*, § 211 kom 3.2.

¹¹⁵ U. Lõhmus, *Põhiõigustest kriminaalmenetluses*, Juura 2012, Lk 21.

¹¹⁶ M. Sillaots, jt. *supra* nr 36, Lk 259.

¹¹⁷ *Ibid*, § 14 kom 4.3.

¹¹⁸ P. Pikamäe, jt. *supra* nr 13, § 211 kom 3.2.

tutvuma kui kaitsja.¹¹⁹ Ilmselt ei pea õigusaktidega ettenähtud sõltumatus garanteeritud tõttu prokurör tundma muret, et kohtunikule materjali tutvustamine võiks ohtu panna mõne piiranguga kaitstava väärtuse. Järelikult võimaldab kohtuniku usaldusväärsus kiiret kohtulikku kontrolli jälitustegevuse õiguspärasuse üle ning võimaldab jõuda seeläbi ka kahtlustatava olukorda kergendava teabeni, ilma et kaitsja peaks tutvuma vastava teabega.

Eesti inkvisitsioonilises kohtueelses menetluses, mis lähtub oma olemuselt kuritegevuse kontrolli mudelist, on järelikult kaitsjale jälitustegevusega kogunenud materjali tutvustamine ebavajalik. Kuivõrd soovitakse kohtueelses menetluses efektiivselt, kiirelt ning väikse ressursikuluga välja selgitada tõde, on *kaitsetrepi* võimaldamine eeluurimist otstarbetult koormav. Seadus paneb prokurörile selge kohustuse olla kohtueelses menetluses objektiivne materiaalse tõe väljaselgitaja ning mh. ka kahtlustatava õiguste tagaja. Kuna kohtueelses menetluses on olulisemate põhiõiguste valvur sõltumatu eeluurimiskohtunik, puudub ka sellel põhjusel vajadus kaitsjale tutvustada materjale. Kohus lähtub tõkendi taotluse lahendamisel kriminaaltoimikus sisalduvast teabest, selgitades välja tõkendi kohaldamise ning selle aluseks olevate tõendite õiguspärasuse. Eesti eeluurimiskohtunik ei kogu ise tõendeid, ega pea kriminaaltoimikut nagu seda teeb eeluurimiskohtunik klassikalise inkvisitsioonilise menetlusteooria järgi. Samuti ei ole eeluurimiskohtuniku pädevuses otsustada, kas ja millises ulatuses tutvustada kaitsjale kriminaaltoimikus sisalduvaid jälitustegevusega kogunenud materjale. Kuivõrd toodud põhjustel järgib Eesti kohtueelne menetlus kuritegevuse kontrolli mudeli elemente, puudubki lõppastmes vajadus kaitsjale tutvustada jälitustegevusega kogunenud materjali tõkendi kohaldamisküsimuse lahendamisel.

2.1.2. Kuriteo raskus ja iseloom

Õiguskirjanduses on nenditud võimalust jätta ilma süüdlane, keda kahtlustatakse raske kuriteo sooritamises, õigusest ausale ja õiglasele menetlusele.¹²⁰ Sõltumata asjaolust, et lähenemisviis on üldjuhul konstitutsiooniõiguse seisukohalt aktsepteerimatu, on riike, kes tahavad, et nende kohtud kaaluksid põhiõiguste rikkumise läbi saadud tõendi lubatavust. Kaalumisel on üks kriteeriumitest menetletava kuriteo raskus ja iseloom.¹²¹ Eesti kohtueelses

¹¹⁹ M. Ernits, jt. *supra* nr 50, § 146 kom 16.

¹²⁰ A. Duff, and others. *The Trial on Trial. Towards a Normative Theory of the Criminal Trial*, Vol. 3, Hart Publishing 2007, Lk 1.

¹²¹ S. C. Thaman, *The Exclusionary Rule*, K.B. Brown and D.V. Snyder (eds.), *General Reports of the XVIIIth Congress of the International Academy 657 of Comparative Law*, Springer Science Business Media B.V. 2012, Lk 661.
Arvutivõrgus: <http://ebooks.narotama.ac.id/files/General%20Reports%20of%20the%20XVIIIth%20Congress%2>

menetluses pole olukord siiski nii hull, kuna põhi- ja inimõiguste rikkumisel teel saadud tõend on lubamatu (KrMS §-d 9 ja 64). Autori arvates väärib väljatoomist menetletava kuriteo raskus kui argument jätta kaitsjale kohtueelses menetluses tutvustamata jälitustegevusega kogunenud materjal käsitlemist, kuna ka Eesti on viljelenud taolist õiguspraktikat.¹²²

Õigusakadeemik L. Ezioni on tähendanud, et kui enamus riigid järgivad üldjuhul oma menetlusnormides õiglase menetluse (*due process*) väärtusi, siis raskete kuritegude puhul nagu nt terrorism on riikidel soodumus kuritegevuse kontrollimiseks. Nii tekib kahe menetlusmudeli vahel pinge seeläbi, et soovitakse kasutada salajasi tõendeid¹²³, sest selliselt on võimalik terroristide kuritegu menetleda efektiivsemalt.¹²⁴ Isegi EIK on toetanud sisuliselt sellist lähenemist. Vaidluses *Kennedy vs. Ühendkuningriigid* piirati kaitsja juurdepääsu jälitustegevusega kogutud tõenditele. Viimast seetõttu, et kriminaalmenetluse esemeks oli terrorism kui rahvuslikku julgeolekut ohustav kuritegu.¹²⁵ EIK märkis, et nii tõsiste kuritegude puhul polegi võimalik kõneleda õiglase kohtupidamise absoluutsusest. Julgeoleku kindlustamise eesmärgil käitusid siseriiklikud kohtud tõendite saladuses hoidmisel õigesti.¹²⁶ EIK seisukohta toetab nüüdisaja suurem ühiskondlik nõue turvalisuse järgi.¹²⁷ Nõude saavutamise lahenduseks peetakse süüdimõistva otsuse kindlustamist, mistõttu nähakse õiglase menetluse (*due process*) doktriini kui sellist lahendust pärssivat aspekti.¹²⁸

Eesti riiki on kaevatud kahel korral EIK-sse seoses kaitsjale kriminaalmenetluses materjali tutvustamata jätmisega. Mõlemas püstitati argumente, mille järgi jäeti kaitsjale kriminaaltoimiku materjal tutvustamata seepärast, et kaebaja oli poliitiliselt, majanduslikult võimukas isik või tõendusteabe avaldamine võinuks põhjustada uue kuriteo toimepanemise.¹²⁹ Hiljutisemaid näited Eesti kohtupraktikast on käsitletud magistritöö peatükis 1.3.3.

Kaitse ilmajätmist ausast ja õiglasest menetlusest on õiguskirjanduses põhjendatud vajadusega redutseerida vastavat õigust ülekaalukate avalike huvide esinemisel. Mida raskem on kuritegu, seda rohkem on õigustatud avaliku huvi suuruse tõttu tõe otsinguil karmim lähenemine. Veendumus taandub lõppastmes vajadusele selgitada iga hinna eest välja

0of%20the%20International%20Academy%20of%20Comparative%20Law/29.%20The%20Exclusionary%20Rule.pdf (01.03.2018).

¹²² Vt EIKo 02.02.2014, *Ovsjannikov vs. Eesti*, p-d 10 - 11; RKKKm (3-1-1-27-17).

¹²³ L. Ezioni kasutab tähistust salajased tõendid, mis tema kirjatöös viidatu järgi tähendab salastatud või salastamata tõendeid, mida ei ole tutvustatud süüdistatavale.

¹²⁴ L. Ezioni, *The Tension between Due Process of Law and Counter-Terrorist Measures During the Initial Stages of Criminal Procedure*, Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice, Vol. 2, Issue 2, 2014, Lk 190.

¹²⁵ EIKo 18.05.2010, *Kennedy vs. The United Kingdom*, p-d 187 ja 190.

¹²⁶ *Ibid*, p-d 190 - 191.

¹²⁷ A. Sanders, and others. *supra* nr 109, Lk 722.

¹²⁸ A. Duff, and others. *supra* nr 120, Lk-d 290 - 291.

¹²⁹ EIKo 20.02.2014, *Ovsjannikov vs. Eesti*, p-d 22 ja 47 ning EIKo 06.03.2012, *Leas vs. Eesti*, p 15.

materiaalne tõde, mistõttu on näidustatud, et menetlusõiguslike vigade pärast pääseb raske kuriteo sooritanud isik süüdimõistmisest.¹³⁰ Nii M. Thommen ja M. Samadi toonud artiklis esile Šveitsis ja Hollandis levinud praktika. Šveitsis on põhiõiguste rikkumise teel saadud tõend lubatud, kui see on oluline tõsise kuriteo lahendamiseks. Hollandi õiguspraktika sarnaneb Šveitsi omaga.¹³¹ Järelikult on mõistetav seisukoht õiguskirjanduses, mille järgi on riigil kaalutlusruum otsustamiseks, milliste vahenditega võideldakse raskete kuritegude vastu ning kuidas saavutatakse demokraatlikus ühiskonnas tasakaal menetlusaluse isiku inimõiguste ja oluliste avalike huvide vahel.¹³²

Eesti õiguspraktikas pole töö autorile teadaolevalt probleem kuriteo raskusest ja iseloomust kui iseseisvast argumentist piirata kaitsja juurdepääsu jälitustegevusega kogunenud materjalile sedavõrd tõsine. Argumendi kergemaid derivaate on esinenud ka Eesti õigusruumis. Kaitsja õigust tutvuda jälitustegevusega kogunenud materjaliga on ptk-s nähtuvalt piiratud mh ka juhtudel, kus on esinenud oht, et kahtlustatav võib hakata materjali tutvustamisel mõjutama tõendeid ja kahjustama menetlusega seotud isikute olulisi õigusi oma mõjuvõimsuse tõttu. Mõningatel juhtudel on olnud piirangu argumentiks ka menetletava kuriteo iseloom. Kui eelloetletud ohud eksisteerivad ka realselt, on mõistagi põhjendatud ausa ja õiglase menetlusprintsipi piiramine jälitustegevusega kogunenud materjali vahetu tutvustamata jätmise näol. Sellisel viisil on võimalik kohtueelses menetluses kaitsta materiaalse tõe väljaselgitamise eesmärki.

2.1.3. Riigisaladus demokraatlikus ühiskonnas

Riigisaladuse ning õiglase ja ausa menetluse aladoktriini *EoA* meetodika *kaitsetrepi* probleemsest vahekorra anti ülevaade ptk-s 1.3.1. Riigisaladus, mille avalikuks tulek võib kahjustada Eesti Vabariigiriigi julgeolekut, saab olla põhjuseks piirata kaitsja juurdepääsuõiguse jälitustegevusega kogunenud materjalile. Järgnevalt argumenti toetavast õiguspraktikast ja -kirjandusest.

¹³⁰ M. Thommen and M. Samadi, The Bigger the Crime, the Smaller the Chance of a Fair Trial? Evidence Exclusion in Serious Crime Cases Under Swiss, Dutch and European Human Rights Law, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 24, 2016, Lk-d 66 ja 84.

¹³¹ *Ibid*, Lk-d 84 - 85.

¹³² P. De Hert, Balancing Security and Liberty within the European Human Rights Framework. A Critical Reading of the Court's Case Law in the Light of Surveillance and Criminal Law Enforcement Strategies after 9/11, *Utrecht Law Review*, Vol. 1, Issue 1, Sept. 2005, Lk-d 72 - 73.

RK on nentunud võimalust jätta jälitusluba ning selle alusel saadud tõend kriminaaltoimikusse võtmata, kui nendes sisaldub riigisaladus (teabe kogumisel kasutatud taktika, meetodid ja vahendid), mis pole kustunud.¹³³ EIK tõdes otsuses *Jasper vs. Ühendkuningriigid*, et kõneaines olev kaitseõigus pole absoluutne. Igas kriminaalmenetluses võivad esineda võistlevad huvid, nagu näiteks riigi julgeolek või vajadus hoida saladuses politseitaktikat kuritegude uurimisel, mida tuleb kaaluda süüaluse üksikisiku kaitseõiguste vastu. Nii võib tekkida vajadus hoida kaitse eest saladuses tõendeid, et kaitsta olulist avaliku huvi.¹³⁴ EIK on olnud oma seisukohas järjekindel.¹³⁵

Magistritöös on käsitletud küsimust, mida pidada silmas riigisaladusega kaitstud uurimismeetodi ja -taktika all. Kuigi kehtiv õigus ei selgita terminite sisu, saab RSVS konteksti ja üldkeelelise tähenduse abil aimu tähistuste olemusest. Nii on tegu kontseptsioonidega, mis iseloomustavad jälitusasutuse toimimisviisi ning eesmärgi saavutamiseks kasutatavaid vahendeid (nt. kriminaalmenetluses), mida on vaja jälitusteabe kogumisel. Need on tunnistatud riigisaladuseks, kuna nende avalikuks tulek võib kahjustada Eesti Vabariigi julgeolekut.¹³⁶ Meenutades EIK seisukohta lahendis *Klass vs. Saksamaa* ning õigusekspert K. Aule öeldut, on vajalikus ulatuses teostatud jälitustegevus ning sellega kaasaskäiv riigisaladuse privileeg demokraatlikus ühiskonnas julgeoleku tagamise seisukohalt hädavajalik ilming.¹³⁷ K. Aule järgi aitab range riigisaladuse kaitse vältida sellega kaitstud info sattumist kolmandata isikute kätte, kes võiksid seda kuritarvitada mis iganes motiivil. Hädavajalikkus väljendub vajaduses efektiivselt avastada, tõkestada ning menetleda raskemaid ning keerulisemaid kuritegusid.¹³⁸

Riigisaladust on vaja kaitsta demokraatlikus ühiskonnas. Kui kaitsjale tutvustatakse jälitustegevusega kogunenud materjali, millest nähtub nt eeluurimisel kasutatud politsei menetlustaktika, -metoodika ning -vahendid, võivad õiguskaitseasutused sattuda situatsiooni,

¹³³ RKKKo 21.05.2012, 3-1-1-31-12, p 10.

¹³⁴ EIKo 16.02.2000, *Jasper vs. The United Kingdom*, p-d 9, 52 ja 56. Kaitsjale jäeti materjal tutvustama oluliste avalike huvide kaitseks. Kaitset teavitati kohtule esitatavast materjali juurdepääsupiirangu taotlusest, ent kaitset ei varjatava materjali olemusest. *Ex parte* istungile järgnes riigisisese kohtu otsustus jätta kaitsjale materjal avaldamata. Kaitsja sellise otsuse põhjendustest mingit ülevaadet ei saanud. EIK luges riigisisese lahenduse piisavaks, et eitada art 6 rikkumist. Kaitsjat teavitati taotluse esitamisest, samuti võimaldati kaitasel esitada taotlusi, kohus langetas otsuse *ex parte* istungil. Seega kaasati kaitsjat otsustusprotsessi nii palju kui võimalik.

¹³⁵ Vt EIKo 16.02.2000, *Rowe and Davis vs. The United Kingdom*, p 61; EIKo 16.02.2000, *Fitt vs. The United Kingdom*, p 45 ja EIKo 13.03.2008, *Dagtekin and others vs. Turkey*, p 34.

¹³⁶ M. Rondel, Jälitustoimingutega kogutud andmete töötlemine informatsioonilise enesemääramisõiguse riivena, Magistritöö, Tallinn 2016, Lk 45. - Arvutivõrgus: https://www.just.ee/sites/www.just.ee/files/meeli_rondel_magistritoo_konkursile.pdf (02.03.2018).

¹³⁷ K. Aule, *supra* nr 50; EIKo (*Klass and others vs. Germany*); EIKo 29.06.2006, *Weber and Saravia vs. Germany*, p-d 105 - 106.

¹³⁸ S. Laos, *supra* nr 18, Lk-d 2403 ja 2405. Jälitamise vajalikkuse demokraatlikus ühiskonnas on mõtisklenud ka Lõuna Ringkonnaprokuratuuri ringkonnaprokurör A. Siinmaa. Vt A. Siinmaa, Jälitada või mitte, selles on küsimus. Kohtute aastaraamat 2015, Lk 75.

kus neid pole enam võimalik kasutada kuritegude uurimisel, avastamisel ja tõkestamisel.¹³⁹ Teades, milliseid tehnikavahendeid kasutab politsei telefonikõnede pealtkuulamiseks, võivad sellise teabe kuritarvitajad õppida tuvastama, millal neid parasjagu pealt kuulatakse. Politseiagendi või varjatud jälgimisele kaasatud isiku identiteedi paljastumine võib seada ohtu nii selliste teenistujate kui nende perekonnaliikmete elu ja tervise. Pole ka välistatud versioon, mille järgi võimaldab nimetatud isikute identiteedist teadlikuks saamine vältida kurjategijatel nendega kokkupuuteid. Järelikult võib riik sedastatud asjaolude reaalsuseks saamise korral turvalisuse tagamisel jääda tõsiselt hätta, sest tõhusaks raskete ning keeruliste kuritegude avastamiseks ellu kutsutud jälitustegevus muutuks oluliselt vähem efektiivsemaks, kui mitte lausa mõttetuks.

2.1.4. Teiste isikute õigused ja oluline avalik huvi

Autori hinnangul seondub viimane tõsiseltvõetav vastuargument vajadusega kaitsta olulisi teiste isikute õigusi või avalikke huve. Kõneaines olevad kaitsja juurdepääsuõiguse piirangu õigustused leidsid lühidalt käsitlust kirjatöö peatükis 1.3.3. Alljärgnevalt antakse vastuargumendile sisulisem selgitus.

Dots M. Sillaots on põhjendanud kohtueelse menetluse salajasust ka vajadusega kaitsta menetlusest puudutatud isikute õigusi ning tagada selliste isikute erapooletus kohtulikuks uurimiseks.¹⁴⁰ Vajadust jätta kaitsjale jälitustegevusega kogunenud teave vahetult tutvustamata eesmärgiga kaitsta demokraatlikus ühiskonnas vajalikus ulatuses teiste isikute põhiõigusi ja olulisi avalikke huve nagu nt riigi julgeolek, on EIK rõhutatud nt. otsuses *A., jt vs. Ühendkuningriigid*.¹⁴¹ Sarnase seisukoha on võtnud korduvalt ka Eesti kõrgeim kohus.¹⁴² Välja toodud vääruste mõtteks on mitmesuguste eesmärkide kaitse. Põhiõiguste ja oluliste avalike huvide kaitse teenib kahtlemata kriminaalmenetlusest hõlmatud isikute turvalisuse ning riigi julgeoleku tagamise eesmärki. Viimased aga aitavad saavutada kohtueelse menetluse põhieesmärki, milleks on materiaalse tõe väljaselgitamine kriminaalmenetluses.

Mida pidada olulisteks isiku õigusteks, mida märgivad KrMS §-d 34¹ lg 3 ja KrMS § 126¹⁴ lg 1 ning mis võivad ohtu sattuda kaitsjale jälitustegevusega kogunenud materjali avaldamisel? Puudub kahtlus, et olulisi isiku õiguseid leiab PS-st. Tõdemus on tingitud sellest, et EIK on pidanud esmajoones põhjendatuks piirata kaitsja kõnealust õigust, kui sellise õiguse

¹³⁹ K. Namm, *supra* nr 31, Lk 99.

¹⁴⁰ M. Sillaots, jt. *supra* nr 36, Lk 259.

¹⁴¹ EIKo 19.02.2009, *A. and others vs. the United Kingdom*, p 205.

¹⁴² RKKKm (3-1-1-110-15), p 16; RKKKm (3-1-1-27-17), p 8.

realiseerimine kutsub endaga kaasa teiste isikute põhiõiguste rikkumise. Riigisisene õigus suunab siinkohal lisaks vaatama KrMS § 214, mille lg 2 järgi on kohtueelses menetluses lubatud prokuratuuril või tema loal avaldada andmeid, kui see ülemäära ei soodusta kuritegevust ega raskenda selle avastamist (p 1); ei kahjusta Eesti Vabariigi või kriminaalmenetluse huve (p 2); ei sea ohtu ärisaladust ega kahjusta juriidilise isiku tegevust (p 3); ei kahjusta andmesubjekti ega kolmandate isikute õigusi, eriti delikaatsete isikuandmete avaldamise puhul (p 4). KrMS § 224 lg 10 paneb prokuratuurile kohustuse arvestada materjali tutvustamisele kaitsele isikuandmete kaitsevajadusega. Sätete sõnastused kutsuvad esile vajaduse tutvuda lähemalt veel kahe õigusaktiga. Õigusaktideks on IKS¹⁴³ ja AvTS¹⁴⁴. AvTS § 35 lg 1 p 1 kohaselt on kriminaalmenetluse kohtueelses menetluses kasutatav teave mõeldud asutusesiseseks kasutamiseks.¹⁴⁵ Kõige olulisem on tuua esile IKS § 4, mis sisaldab nii isikuandmete (lg 1) kui ka delikaatsete isikuandmete legaaldefiniitsiooni (lg 2). Mõiste delikaatsed isikuandmed hõlmab endas nt. andmeid isiku poliitiliste vaadete, tervisliku seisundi ja seksuaalelu kohta.

Kontseptsioon, mida mõista olulise avaliku huvi all, ei vaja peatükis enam pikemat käsitlust. Seniuritu järgi tuleb olulise avaliku huvi all mõista riigi sisemist julgeolekut. Riigi sisemise rahu ja turvalisuse tagamiseks on vaja avastada, tõkestada ning menetleda kuritegusid. Kohtueelne menetlus kriminaalmenetlusest on staadium, kus selgitatakse välja materiaalne tõde toimunud kuriteost ning sellega seotud isikutest. Tõde väljaselgitamiseks on raskemate kuritegude puhul lubatud jälitustegevus. Jälitustegevuse kui menetlustoimingu efektiivsus on tagatud selle salajasusega, mille jaoks on demokraatlikus riigis omakorda ellu kutsutud riigisaladuse instituut. Välja toodud väärtused moodustavad seetõttu magistritöö uurimisküsimuse kontekstis osa avaliku huvi mõistekataloogist.

Kui tekib küsimus, kas kaitsjale jälitustegevusega kogunenud materjali kohtueelses menetluses tutvustada või mitte, tuleb prokuröri kaaluda erinevaid huve.¹⁴⁶ Ametnikul tuleb otsustada, kas ja millises ulatuses kaitsjale näidata materjali, kui seal sisalduvad nt delikaatsed isikuandmed. Samuti peab riigi karistusvõimu esindaja mõtlema sellele, millised tagajärjed võivad kaasneda sellist teavet sisaldava materjali tutvustamisega.¹⁴⁷ Kui kaitsjale jälitustegevusega kogunenud materjali tutvustamine võib panna ohtu mõne KrMS §-s 214 lg-s 2 sätestatud huvi, on KrMS § 34¹ lg 3 või § 126¹⁴ lg 1 järgi välistatud vähemalt teabe vahetu

¹⁴³ Isikuandmete kaitse seadus - RT I, 06.01.2016, 10.

¹⁴⁴ Avaliku teabe seadus - RT I, 04.07.2017, 11.

¹⁴⁵ P. Pikamäe, jt. *supra* nr 13, § 214 kom 2.1.

¹⁴⁶ *Ibid*, kom 7.1.

¹⁴⁷ *Ibid*, kom 7.2.

tutvustamine. *Kaitsetrepi* esimeste faaside välistamise tingib seega riigi sisemise turvalisuse tagamise vajadus. Viimane saabki olla avaliku huvi või oluliste isiku õiguste kaitsmise eesmärk kõige laiemas mõttes.

2.2. Pooltargumendid tutvustamisele

2.2.1. Ohtlik hübriidmudel

Eesti kohtueelset inkvisitsioonilist menetlusmudelit, mis sisaldab suuresti kuritegevuse kontrolli doktriini, peetakse riigisiseses õiguses eksimatuks. Kindlus menetlussubjektide eksimatuses, on iseloomulik kuritegevuse kontrolli mudelile ka L. Ezioni järgi. Õiglase menetluse mudel aktsepteerib erinevalt kuritegevuse kontrolli mudelist prokuratuuri ning uurimisasutuse võimalust eksimusteks tõe väljaselgitamisel, sh ka volituste kuritarvitamist.¹⁴⁸ Õiglase menetluse doktriin nõuab kaitsjale jälitustegevusega kogunenud materjali tutvustamist või sellest ülevaate andmist. Selliselt on kaitsjal võimalik kritiseerida tõendi õiguspärasust ja kvaliteeti. Viimane aitab kahandada menetlejate võimalikke eksimusi ning kuritarvitusi.¹⁴⁹ Kõnealuse kaitsefunktsiooni täitmiseks peab eksisteerima pooltevaheline võrdsus ka inkvisitsioonilises menetluses.¹⁵⁰ Kaitsjale *kaitsetrepi* võimaldamine, teenib kohtueelses menetluses poolte võrdsust kui eesmärki, mis on õiglase menetluse doktriinile iseloomulik tunnus. Materiaalse tõe selgumise huvides on seetõttu õiglase menetluse doktriin hädavajalik.¹⁵¹ Viimane eriti, kui opereeritakse võimalikele eksimustele ning kuritarvitustele avatud süsteemis. Fikseerimaks Eesti inkvisitsioonilise menetluse nõrku kohti, käsitletakse järgnevalt Itaalia, Prantsusmaa ning Rahvusvahelise kriminaalkohtu (*ICC*) kohtueelse menetluse süsteeme rõhuasetusega kaitsjale materjali tutvustamise instituudile.

Itaalia inkvisitsioonilises kohtueelses menetluses eristatakse selgelt uurimis- ja kohtulikku funktsiooni. Esimene kuulub prokurörile ning teine eeluurimiskohtunikule.¹⁵² Kummalisel kombel ei ole tõe väljaselgitamine eesmärk kohtueelses menetluses. Kohtueelse menetluse

¹⁴⁸ L. Ezioni, *supra* nr 124, Lk-d 191 ja 195; Vt ka G. van Harten, *Charkaoui* and Secret Evidence, *The Supreme Court Law Review: Osgoode's Annual Constitutional Cases Conference*, Vol 42, 2008, Lk 251.

¹⁴⁹ *Ibid*, Lk-d 191 ja 195.

¹⁵⁰ A. Sanders, *supra* nr 109, Lk 23.

¹⁵¹ Autori arvamus on põhjendatav prof Thomas Weigendi mõttekäiguga, mille järgi pole võimalik ühegi kriminaalmenetluse eesmärgini jõuda, ilma et kohtuotsus baseeruks püüdlusel otsida tõe. Sellise eesmärgi saavutamiseks peab kriminaalmenetluses tõeotsing rajanema ausatel pingutustel, et teha kindlaks, mis juhtus päriselt. Täpsemalt T. Weigend, *Should We Search for the Truth, and Who Should do it?*, *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, Vol. 36 Nr. 2, 2011, Lk 390.

¹⁵² E. Grande, *Italian Criminal Justice: Borrowing and Resistance*, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 48, No. 2, Oxford University Press 2000, Lk 233.

eesmärk on jõuda järelduseni, kas on kogutud piisavalt tõendeid, et see läbiks kohtuliku eelkontrolli ning jõuaks kohtumenetluseni. Tõde selgub prokuröri aktiivse töö tulemusel, kes on kohustatud kaitsma kahtlustatava õigusi maksimaalselt hästi, kogudes selliselt kokku viimast süüstava ning õigustava teabe. Eeluurimiskohtunik ise aktiivselt tõde välja ei selgita nagu on kohane klassikalisele inkvisitsioonilisele menetlusmudelile, vaid peab aktiivset järelevalvet prokuröri funktsioonide eduka täitmise üle.¹⁵³ Prokuröril lasub kohustus konsulteerida eeluurimiskohtunikuga kahtlustatava õiguste kaitsmisel. Kui kahtlustatava õigusi pole tõe väljaselgitamisel järgitud eeluurimiskohtuniku arvates, võib viimane jääda ignorantseks kohtueelse menetluse lõpule viimise osas.¹⁵⁴ Kohus saab otsustada tänu tugevatele volitustele, kas lubada kaasus edasi kohtumenetlusse või suunata prokurör uuesti koguma tõendeid. Kohus tutvub otsustuse tegemiseks prokuröri toimikuga. Kui prokurör kahtlustatava eest teatud tõendeid varjab, ei saa ta neid esitada kohtule. Seega saab eeluurimiskohtunik survestada prokuröri avaldama kaitsele kogu materjali juba eeluurimisstaadiumis.¹⁵⁵

Prantsusmaa kohtueelne kriminaalmenetlus on üks lähedasemaid klassikalisele inkvisitsioonilisele menetlusmudelile, kuna tõetsinguil on kõige tähtsam roll prokuröril ning menetlust lõppastmes koordineerival ja juhtival eeluurimiskohtunikul (*Magistrats*). Magistraatide kohustus on tagada kahtlustatava õigused. Mida keerulisem on kaasus, seda juhtivama rolli võtab eeluurimiskohtunik.¹⁵⁶ Prokurör on kohtueelse menetluse juht kuni kohtuliku faasini (*instruction*). Prokuröri juhtimisel kogub politsei kahtlustatava kohta nii süüstavaid kui ka õigustavaid tõendeid, võtab vahi alla ning tagab tõe väljaselgitamiseks erapooletult ning objektiivselt kõik viimase õigused. Kui menetlus jõuab *instruction* faasi, võtab eeluurimiskohtunik sisuliselt üle prokuröri juhtiva positsiooni. Eeluurimiskohtunik saab, kas osaliselt või täielikult ära nullida menetlustoimingute tulemuse, kui nende teostamisel on rikutud õigust.¹⁵⁷ Eeluurimiskohtunik kogub tõendeid poolte taotlusel kriminaaltoimikusse, annab lube põhiõigusi riivavateks menetlustoiminguteks, kuulab üle isikuid ning annab ka hinnangu, kas kuriteo kvalifikatsioon on tõendatud.¹⁵⁸ Kaitsele kriminaalasja materjali avaldamise instituut on enne *instruction* it vaene.¹⁵⁹ Kaitse võimalused tutvuda toimikuga on

¹⁵³ *Ibid*, Lk-d 233- 234.

¹⁵⁴ B. M. Fiori, *supra* nr 1, Lk 61.

¹⁵⁵ *Ibid*, Lk-d 74 - 75.

¹⁵⁶ J. Hodgson, The Detention and Interrogation of Suspects in Police Custody In France: a Comparative Account, *European Journal of Criminology*, Vol. 1 (2), 2004, Lk 171.

¹⁵⁷ B. M. Fiori, *supra* nr 1, Lk 91.

¹⁵⁸ *Ibid*, Lk-d 92 - 93.

¹⁵⁹ *Ibid*, Lk 105.

oluliselt paremad *instruction* faasis, kuna siis avaneb võimalus kommenteerida kõiki tõendeid ning saada nendest koopiaid. Materjali avaldatakse eeluurimiskohtuniku järelevalvel.¹⁶⁰

ICC menetlussüsteemi on iseloomustatud kui püüdlust /.../ehitada sild *common law*'liku võistleva prokuröri ning *civil law*'liku eeluurimiskohtuniku vahel. /.../.¹⁶¹ Objektiivsel prokuröril on kohustus välja selgitada tõde - koguda võrdväärselt nii kahtlustatavat süüstavat kui ka õigustavat ja soodustavat materjali.¹⁶² Tõendeid kogub prokurör eeluurimiskohtu (*Pre-Trial Chamber*) järelevalve all - eesmärgiks on vältida kahtlustatava sattumist ebasoodsasse seisundisse.¹⁶³ Mis puudutab kaitsjale materjali avaldamist, on eeluurimiskohtunikul aktiivne roll.¹⁶⁴ Eeluurimiskohus saab rakendada vajalikke meetmeid, et säilitada tõendeid, mis on vajalikud kaitsese kohtumenetluses, juhul kui prokurör peaks ebaõnnestuma selle ülesande täitmisel. Otsuses *Prokurör vs. Jean-Pierre Bemba Gombo* tõdes ICC oma volitusi nõuda igas menetlusetapis (ka kohtueelses süüdistuse kinnitamise menetluses) kõikide tõendite esitamist, mis on vajalikud tõe väljaselgitamiseks.¹⁶⁵ ICC praktika viitab vaieldamatult püüdlusele saavutada menetluse suurem ausus ning kiireloomulisus. Selleks on eeluurimisaste kohustanud prokuröri esitama materjali avaldamise märkmeid ning ülevaatusaruandeid, et fikseerida *inter partes* materjali vahetamine.¹⁶⁶ Eelõeldu võimaldab talletada infot selle kohta, millist materjali on vahetatud menetluspoolte vahel. Kohus näeb viimases kui õiguskindluse saavutamise vahendit.¹⁶⁷ Eeluurimiskohtu tugevat rolli kahtlustatava õiguste kaitsmisel ning materjali avaldamisel kinnitab lahend, milles kohus lükkas edasi süüdistuse kinnitamise istungi, sest

¹⁶⁰ *Ibid*, Lk-d 111 - 112.

¹⁶¹ O. Triffterer, Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, C. H. Beck - Hart - Nomos, 2. nd ed, 2008, Lk 1078.

¹⁶² M. Klamberg, Article 54 Duties and powers of the Prosecutor with respect to Investigation, Commentary on the Law of the International Criminal Court, Torkel Opsahl Academic EPublisher Brussels 2017, p-d 432 - 433, Lk 401. - Arvutivõrgus: <https://www.legal-tools.org/doc/aa0e2b/pdf/> (10.03.2018).

¹⁶³ *Ibid*, Article 56 Role of the Pre-Trial Chamber in relation to a unique investigative opportunity, p- d 447 - 448, Lk 417.

¹⁶⁴ M. Klamberg, Evidence in International Criminal trial: Confronting Legal Gaps and the Reconstruction of Disputed Events, Martinus Nijhoff Publishers, 2013, Lk 280. M. Klamberg kirjutab, et tavaliselt otsustab materjali avaldamise üle üks eeluurimiskohtunik.

¹⁶⁵ ICC - 01/05-01/08, *The Prosecutor vs. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Decision of the Evidence Disclosure System and Setting a Timetable for Disclosure between the Parties, p-d 8 - 10. - Arvutivõrgus: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2008_04348.PDF (10.03.2018).

¹⁶⁶ ICC - 01/04-01/06, *The Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Final System of Disclosure and the Establishment of a Timetable, p-d 73 - 75. - Arvutivõrgus: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2006_02355.PDF (10.03.2018).

¹⁶⁷ *Ibid*, p 76.

prokurör ei täitnud materjali avaldamiskohustust korrektset, täielikult ning hoolikalt.¹⁶⁸ G. Boas'i järgi on ICC eeluurimiskohtu instituut oma funktsioonide tõttu sarnane Itaalia omaga.¹⁶⁹

Eesti kohtueelne menetlus, mis vaatab pigem inkvisitsioonilise kuritegevuse kontrolli mudeli poole, ei sisalda olulisi inkvisitsioonilise menetluse tunnuseid. Sarnaselt ICC, Itaalia ja Prantsumaa mudeliga on Eestis prokurör pandud tõetsinguil vastutama kohtueelse menetluse seaduslikkuse ning efektiivsuse eest. Esimene suurem erinevuste ring seisneb prokuröri volituste olemuses, ulatuses ning paljususes, mis paneb ametnikke end tundma kui klassikalise inkvisitsioonilise menetluse mudelile vastava eeluurimiskohtunikuna. Eesti kohtueelses menetluses selgub tõkendi arutamisel tõde kuriteokahtluse põhjendatuses ning teiste tõkendi eelduste olemasolus seeläbi, mida prokurör on pidanud kriminaaltoimikusse lisamisel kahtlustatavat süüstavaks või õigustavaks ning soodustavaks materjaliks. Järelikult on prokuröri kriminaaltoimiku kokkupanemisel suur pädevus. Ametniku käsutuses on rikkalik õiguslike aluste kogum otsustamiseks, kas ja millises ulatuses piirata kaitsja juurdepääsu jälitustegevusega kogunenud materjalile. Selliste volitustega prokuröri staatus ei vasta ühelegi eelpool käsitletud kriminaalmenetluse süsteemide tunnustele, mis põhjustab omakorda vajaduse tuua esile teine oluliste erinevuste ring. Eestis puudub tugev eeluurimiskohtu instituut, mis koordineeriks ning juhiks prokuröri tööd ning tagaks kahtlustatava õiguste igakülgse järgimise. Eesti eeluurimiskohus annab lube olulisemateks põhiõigusi riivavateks menetlustoiminguteks nagu nt jälitusluba, otsustab tõkendi kohaldatavuse üle, kontrollib poolte taotlusel jälitustoiminguga saadud tõendi õiguspärasust. Eeluurimiskohus pole seega aktiivne menetluse seaduslikkuse valvur, vaid passiivne, teostades oma funktsiooni üksnes siis, kui menetluspool temalt nõ midagi küsib. Eeluurimiskohtunik ei kogu tõendeid, ega otsusta aktiivselt, milline süüstav või õigustav jälitustegevusega kogunenud materjal läheb tõkendi taotluse lahendamiseks kriminaaltoimikusse. Eeluurimiskohtunikul puudub nt erinevalt ICC mudelist pädevus kaitsjale tutvustada jälitustegevusega kogunenud materjali või kohustada selleks prokuröri. Kohtueelne menetlus tugineb prokuröri suutlikusele olla eksimatu, objektiivne ning neutraalne materiaalse tõe väljaselgitaja. Nii on riigisisiseses õiguses kindlus, et prokurör ei eksi ega kuritarvita talle seadusega pandud pädevusi ja volitusi. Samuti pole suudetud märgata, et hübriidmudelil on prokuröri lõplikuks funktsiooniks välja selgitada isiku süü kriminaalmenetluses. Kohtueelses menetluses väljendub eelmainitu prokuröri huvis tagada

¹⁶⁸ ICC - 01/05-01/08, *The Prosecutor vs. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Decision on the Postponement of the Confirmation Hearing, p 23. - Arvutivõrgus: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2008_07462.PDF (10.03.2018).

¹⁶⁹ G. Boas, Comparing the ICTY and the ICC: Some Procedural and Substantive Issues, *Netherlands International Law Review*, Vol. 47, Dec. 2000, Lk 283.

kriminaalmenetlus juhul, kui temas tekib veendumus selles, et kahtlustatav on toime pannud kuriteo. Kuivõrd on antud menetlussubjektile, kes on pigem orienteeritud represserimisele, vastandlike iseloomuga ülesannete täitmisel väga laiaulatuslikud volitused ning arvestades eeluurimiskohtuniku kaugust klassikalisest inkvisitsioonilisest menetlusmudelist, on Eesti süsteem avatud nii prokuröri eksimustele kui ka kuritarvitustele.

2.2.2. Kahtlustatav kui õigussubjekt ja mitte objekt

Ashworthi arvates demokraatlikul riigil kuritegude uurimiseks, süüdistamiseks, kohtupidamiseks ning karistamiseks palju võimalusi. Võimufunktsioone realiseerides tuleb eeluurimisel austada represseritava isiku süütuse presumptsiooni, tagades talle tema väärkuse.¹⁷⁰ M. Sillaots on kirjutanud riigi kohustusest tagada kahtlustatavale menetlussubjekti staatus. Riigivõimu poolt represseritaval isikul peab olema võimalus oma õigustega mõjutada menetluse tulemust. Menetluse resultaati saab mõjutada kaitsja, kui talle on tagatud süüdistusega võrdsed vahendid.¹⁷¹ Prof Ashworthi ja Sillaotsa käsitletud annavad aluse pühendada järgmine pooltargumentide kataloog Eesti kui õigusriigi kohustusele panna kahtlustatav end tundma menetlussubjektina. Siinkirjutaja eelduse järgi aitab kahtlustatava õigussubjektuse staatusele kaasa tema kaitsjale jälitustegevusega kogutud materjali tutvustamine, sest nõnda tunneb inimene, et riik on teda represserinud mh ka ausalt ja õiglaselt. Selliselt on riigil võimalus vältida endast kui politseiriigist mulje jätmist.

E. Kergandberg on kirjutanud ausa ja õiglase kohtupidamise olukorrast Eestis. /.../ Õiguspõhine ei pea mitte üksnes olema aus, vaid ka sellisena näima. /.../¹⁷² Prof O. Sidhu arvates peab süüdlasel olema kindel õigus pääseda juurde kriminaalasjas kasutatavale materjalile - tutvudes sellega vahetult või anda talle tutvumiseks tõenditest koopiad. Kõnealune lähenemine suurendab kahtlustatava inimväärkust, kuna selliselt tunnetab ta oma menetluslikke võimalusi ning ka seda, et ta saab rohkem ära teha enda õiguste kaitsmiseks.¹⁷³ Seisukoht toob olukorda, milles pole aktsepteeritav, et jälitustegevusega kogunenud materjali varjamisega kaitstavad väärtused nagu riigisaladus, oluline avalik huvi või teiste isikute põhiõigused saavad olla põhjuseks, et täielikult ära unustada põhimõtted nagu õigusriik, aus ja

¹⁷⁰ A. Ashworth, Four Threats to the Presumption of Innocence, *The International Journal of Evidence & Proof*, 10 E&P, 2006, Lk 249. - Arvutivõrgus: <http://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1350/ijep.10.4.241> (13.03.2018).

¹⁷¹ M. Sillaots, Kaitsja võimalikust rollist ja seisundist Eesti tulevases kriminaalmenetluses, *Juridica* 2/2000, Lk. 83 - 84.

¹⁷² E. Kergandberg, *Per aspera ad fair trial*, *Juridica* 1/2011, Lk 68.

¹⁷³ O. Sidhu, *The Concept of Equality of Arms in Criminal Proceedings under Article 6 of the European Convention on Human Rights*, 1.st ed. Intersentia Ltd March 2017, Lk 179.

õiglane menetlus. Kuigi EIÕK art 6 lg-ga 1 tagatav õigus ausale ja õiglasele menetlusele pole absoluutne vajaduse tõttu kaitsa olulisi demokraatlike väärtusi, on EIKi tõlgenduse järgi juurdepääsupiirang materjalile õigustatud üksnes siis, kui see on rangelt vajalik. Samuti tuleb ausa ja õiglase kohtupidamise põhimõtte saavutamiseks võtta kasutusele piisavad tasakaalustavad meetmed, et ületada õiguse piiramisest kaitsele tekitatud raskused.¹⁷⁴ *Dr. iur.* K. Pitcher on taolist EIKi seisukohta tõlgendanud lausungiga - EIÕK art 6 järgi võib kaitsja õigust tutvuda kriminaalasja materjaliga piirata avalike huvide tõttu siis, kui sellest tekkinud kahju kaitseõigustele on tasakaalustatud.¹⁷⁵ Ka Jackson on EIK praktikat analüüsisides tõdenud, et olukorras, kus kaitsjale pole võimalik vahetult materjali tutvustada piiramisaluste esinemiste tõttu, tuleb tasakaalustavate meetmetega minna nii kaugele kui vähegi võimalik, et saavutada *EoA* kui seisund ausas ja õiglases menetluses.¹⁷⁶ Juhul, kui riik ei näe piisavalt vaeva, et tagada eeluurimisfaasis juurdepääsu piiramisaluste esinemise korral aus ja õiglane tõkendi arutamine, jätab autori arvates riik endast kahtlemata kuritegevuse kontrollija mulje.¹⁷⁷

Eelkajastatu najal on järgnevalt põhjendatud väide, et raske kuritegu ei anna alust jätta kahtlustatav ilma ausast ning õiglasest tõkendi arutamisest nagu nähtub peatüki 2.1.2 lõppjärelusest. Kriminaalmenetluses tähendab õigluse taotlemine inimeste õiguste austamist oluliste faktide tõendamise ajal. Õiguse idee on kaitsta kriminaalmenetlusõiguse süsteemi moraalset terviklikkust. M. Thommen arvab, et kui riik eirab menetlusnorme raske kuriteo uurimisel ja süüdistamisel, siis õõnestab ta fataalselt enda 'jalgealust'.¹⁷⁸ A. Sandersi järgi vastab tõele, et ulatuslik kahtlustatava õigustele tähelepanu pööramine võib vähendada politsei efektiivsust kuritegude tõkestamisel, aga see vähendab ka kahtlemata süütute süüdimõistmist. Kugi praegune kriminaalmenetluse trend on võtnud suuna kuritegevuse kontrolli mudeli poole, tuleb süütute süüdimõistmise vältimiseks ning nende õiguste paremaks austamiseks pöörduda järjest enam õiglase menetluse suunas.¹⁷⁹ Toodud põhjusel saab nõustuda prof Ashworthiga, et inimesel, keda süüdistatakse raskes kuriteos, on rohkem kaalul ning seetõttu väärub ta kaitset ebaseadusliku süüdimõistmise eest. Mida tõsisemat kuritegu menetletakse, seda läbipaistvam

¹⁷⁴ EIKo (*Jasper vs. The United Kingdom*), p 52.

¹⁷⁵ K. Pitcher, *Judicial Responses to Pre-Trial Procedural Violations in International Criminal Proceedings*, International Criminal Justice Series, Vol. 16, Asser Press and Springer 2018, Lk 49.

¹⁷⁶ J. D. Jackson and S. J. Summers, *supra* nr 100, Lk 306.

¹⁷⁷ Sellist mõtet kinnitab ka E. Kergandbergi arvamus *Juridica* veergudel, millest nähtuvalt tooks põhi- ja inimõiguste ohverdamine demokraatlikus õigusriigis sisejulgeoleku tagamisel hukatuse ka selle tagajaile, kui uskumatult ja pateetiliselt see ka ei kõlaks. Vt E. Kergandberg, *supra* nr 172, Lk 68.

¹⁷⁸ M. Thommen and M. Samadi, *supra* nr 130, Lk 85.

¹⁷⁹ A. Sanders, *supra* nr 109, Lk-d 724 - 725.

peaks olema avaliku huvi tõttu ka menetlus. Tõsisem kuritegu õigustab ka karmimaid menetlusmeetmeid, ent selliste meetmete rakendamisel tuleb võrdväärselt kaitsta ka süütuid.¹⁸⁰

Isiku kahtlustamine raskes kuriteos ei anna alust kõneaines oleva kaitseõiguste nullini redutseerimiseks. Veendumus tuleneb õiglase menetluse väärtuse kui süütuse presumptsiooni austamisest. Kohtueelses menetluses, milles veel käib aktiivne tõe väljaselgitamine, tuleb kahtlustatava õigusi tema süü ebaselguse tõttu eriti hoolikalt kaitsta. Järelikult on kaitsjale jälitustegevusega kogunenud materjali tutvustamine põhjendatud, kuna sellise õiguse austamine tekitab õigusriigi aususes ja õigluses usaldustunnet ning toetab õige kohtulahendini jõudmist. Juhul, kui kaitsjale pole mingil põhjusel võimalik vahetu materjali tutvustamine nõuavad käsitletud õigusautoriteedid, et riik leiaks inimväärikusest lugupidades piisavalt võimalusi, et viia kaitsepool riiklikku süüdistuspoolega võrdsesse seisundisse (*EoA*). Toimides selliselt, ei õhnesta õigusriik oma jalgealust ning hoidub endast kui kuritegevuse kontrolliriigi (või politseiiriigi) mulje jätmisest kodanikele.

2.2.3. Riigikohtu väljatöötatud tasakaalustavate abinõude piisavus

Kaitsja õigust tutvuda jälitustegevusega kogunenud materjaliga võib piirata, kui see on otseselt vajalik mõne kaalukama hüve (teise isiku põhiõiguste või olulise avaliku huvi) kaitseks.¹⁸¹ Eelnevast peatükist selgus tõsiasi, mille järgi pole võimalik kaitsjale vahetult tutvustada jälitustegevusega kogutud teavet, mis on eelduslikult kaitstud riigisaladusega. Kuna *kaitsetrep*i seisukohalt on äärmiselt oluline, et kaitsja saaks ka kõnealuselt materjalist piisava ülevaate, ei saa materjali sisu täielik varjamine olla õigusriigis kooskõlas ausa ning õiglase menetlusdoktriini nõuetega.¹⁸² EIK on konfliktse olukorra lahendamiseks pakkunud abstraktse, kuid sisuliselt raskesti hoomatava väljapääsu.

EIK on ka otsesõnu ära keelanud kõneaines oleva kaitseõiguse nullini redutseerimise. Sõltumata oluliste avalike huvide olemasolust, peab kahtlustataval ning tema advokaadil (nt vahistamismenetluses) olema võimalus mõjutada menetluse tulemust, esitadas selleks asjakohasel viisil kõiki asjakohased argumendid.¹⁸³ Süüdlasele õiglase menetluse tagamiseks

¹⁸⁰ A. Ashworth, *Human Rights, Serious Crime and Criminal Procedure*, Lodon: Sweet & Maxwell, 2002, Lk 115.
- Arvutivõrgus:
https://socialsciences.exeter.ac.uk/media/universityofexeter/schoolofhumanitiesandsocialsciences/law/pdfs/Human_Rights_Serious_Crime_and_Criminal_Procedure.pdf (14.03.2018).

¹⁸¹ EIKo 23.04.1997, *Van Mechelen and others vs. The Netherlands*, p 58.

¹⁸² EIKo (*Ovsjannikov vs. Eesti*), p 54.

¹⁸³ EIKo 03.02.2016, *Mikelsons vs. Latvia*, p 80 ning EIKo 01.02.2018, *Asani vs. The Former Yugoslav Republic of Macedonia*, p 33. Sõltumata asjaolust, et *Asani* kaasuses varjati kaitse eest anonüümset ja puuduvat tunnistajat, selgitas EIK, et taoline varjamine avaldab mõju kaitseõigusele. Kohus selgitas ka seda, et kaitsjal peab olema

tuleb kaitsesele iga materjali tutvustamata jätmisega põhjustatud raskused efektiivselt tasakaalustada. Riigisisel kohtul lasub kohustus rakendada olukorra tasakaalustamiseks efektiivseid menetlusgarantiisid.¹⁸⁴ Vastava kohustuse raames tuleb riigisisel kohtul tuvastada, kas igas üksikjuhtumis mindi võistleva menetluse ning *EoA* nõuete järgimisega nii kaugele kui võimalik ja rakendati süüdlase huvide kaitseks piisavad menetlusgarantiid.¹⁸⁵ Milliseid tasakaalustavaid menetlusgarantiisid tuleb rakendada menetluses, mis langeb EIÕK art 5 lg 4 kohaldamisalasse, tuleb kohtul hinnata seega iga kaasuse asjaolude valguses.¹⁸⁶ Situatsioon pole kooskõlas *EoA* nõuetega, kui kaitsjale ei tagata eeluurimisel materjali, mis on hädavajalikud selleks, et efektiivselt testida kliendi vahistamise õiguspärasust.¹⁸⁷ Olukorras¹⁸⁸, kus täielik materjali tutvustamine pole võimalik, nõuab EIÕK art 5 lg 4, et vahistatule võimaldatakse süüdistuse aluseks olevast selline piisav teave, mis võimaldab tal testida süüdistuste paikapidavust ja anda efektiivseid juhiseid enda esindaja(te)le menetluses.¹⁸⁹

Ülalkäsitletud EIK praktikast ei selgu tasakaalustavate meetmete täpsem sisu, mida riigisisene kohus peab rakendama juhul, kui kaitsjale pole võimalik teha vahetult kättesaadavaks kogu kohaldatava tõkendi aluseks olevat materjali. EIK on jäänud oma otsustes üldprintsipi tasandile, mille kohaldatavust on hinnanud iga üksikjuhtumi puhul eraldi.

Prof-d A. Ashworth ja M. Redmayne on kritiseerinud hüvede tasakaalustamise kontseptsiooni ebamäärasust ja printsipiit kasutamist. Riigid on pigem hüvede tasakaalustamise kontseptsiooni on kasutatud selleks, et jätta vähemuse õigused tahaplaanile lootuses, et paremini kaitsta enamuse turvalisust. Seejuures unustatakse ära indiviidi õguste kaitsevajadus riigi võimuvolitusi elluviivate ametnike kuritarvituste eest. Kontseptsioonini, mida hõlmab tasakaalustamine, on võimalik jõuda läbi jägmistele tunnustele vastava protsessi. Protsess hõlmab: pikka ning ettevaatliku kaalumist; õiguste ja huvide identifitseerimist; tõendatud argumente, mis näitaksid selliste õiguste ja huvide olemasolu; konkreetsete õiguste ja huvide asjakohaste kaalutluste või prioriteetide seadmist, kas üldises või spetsiifilises

võimalus seada kahtluse alla anonüümse tunnistaja ütluste usaldusväärsust. Siinkirjutaja on arvamisel, et kaitsjal peab olema seega võimalik kahtluse alla seada ka nt jälitusprotokollis kajastatud jälitustoiminguga kogutud teavet. Viimase testimiseks peab saama kaitsja piisava ülevaate ka jälitustoimingu tehnilise teabetalletuse sisust, kuna muul viisil pole võimalik veenduda jälitustoimingu protokollis kui tõendi õiguspärasuses, sisu paikapidavuses ning usaldusväärsuses.

¹⁸⁴ EIKo 26.03.1996, *Doorson vs. The Netherlands*, p 72. EIK on veel selgitanud, et otsustusprotsess peab hõlmama täitevvõimust ja menetluspooltest sõltumatut kohtulikku kontrolli, kelle rakendatavad menetlusgarantiid peavad olema konkreetse vabaduse võtmise asjas asjakohased. Vt EIKo 09.01.2003, *Shishkov vs. Bulgaria*, p 85.

¹⁸⁵ EIKo (*Rowe and Davis vs. The United Kingdom*), p 62.

¹⁸⁶ EIKo 18.06.1971, *De Wilde, Ooms and Versyp vs. Belgium*, p 42.

¹⁸⁷ EIKo 13.02.2001, *Garcia Alva vs. Germany*, p 39.

¹⁸⁸ EIK peab olukorra all silmas konfidentsiaalse materjali kasutamist või riigisisest julgeolekut.

¹⁸⁹ EIKo (*A. and others vs. the United Kingdom*), p-d 218 - 220.

kontekstis jne. Argumendid peavad olema empiirlist laadi, põhjendatud ning printsiipidele orienteeritud, mitte lihtsalt kokkuvõtete väljaütlemine.¹⁹⁰

Selleks, et hinnata, kas indiviidi nt EIÕK artiklist 6 tulenevasse õigusesse sekkumine on põhjendatud, toovad teadlased käsitusse järgmise testi (edaspidi ka *tasakaalstava meetme prop test*). /.../ Otsustamaks, kas demokraatlikus ühiskonnas on piirang vajalik, tuleb otsustajal endalt küsida neli küsimust:

- (i) Kas õiguse piiramine aitab demokraatlikus ühiskonnas saavutada legitiimset eesmärki?
- (ii) Kas piiranguks valitud meede on sellise eesmärgi saavutamiseks sobiv?
- (iii) Kas eesmärgi saavutamiseks on valitud kõikidest võimalikest meetmetest leebeim?
- (iv) Kas meede on proportsionaalne kitsamas tähenduses, aidates saavutada piisavat tasakaalu taotletud eesmärgi ning asjakohase indiviidi õiguse vahel? /.../¹⁹¹

Siinkirjutaja arvates tähendab antud test käsitletud EIK praktikat arvesse võttes järgmist. Situaatsioonis, milles kaitsjale riigisaladust sisaldava materjali kätteandmine võib panna ohtu Eesti Vabariigi julgeoleku (olulised avalikud huvid või teise isiku põhiseaduslikult kaitstava õiguse), tuleb saavutamiseks *EoA* otsida efektiivseid võimalusi ning mitte vastava kaitseõiguse piiramiseks vabandusi. Kaitsja peab igal juhul saama ka riigisaladust sisaldavast jälitustegevusega kogunenud materjalist piisava ülevaate, et efektiivselt testida jälitustoiminguga kogutud tõendi õiguspärasust, usaldusväärsust, sisu paikapidavust ning lõpuks kohaldatava tõkendi õiguspärasust. Isegi kui esineb riigisaladus, peab kaitsjale appi tulema erapooletu ja sõltumatu kohus, kelle ülesandeks on otsida piisavaid võimalusi, et tagada vastav kaitseõigus. Sobivate tasakaalustavate meetmete otsinguil on siinkirjutaja arvates abiks *tasakaalustava meetme prop testi* kolmas ja neljas küsimus.

EIKi üksikjuhtumipõhine lähenemisviis on mõistetav, kuna pole võimalik ennustada, mis on jälitustoiminguga kogutud teabe sisuks ning millised võivad olla selle kaitsele avaldamise tagajärjed. Seepärast on paslik käsitleda järgnevalt Riigikohtu pakutud tasakaalustavaid meetmeid, andes vastuse küsimusele, kas meetmed on printsiibis kooskõlas EIKi ja *tasakaalustava meetme prop testi* nõuetega. RK on arendanud välja järgnevad tasakaalustavad meetmed: (i) kohtulik kontroll jälitustegevusega kogutud materjali juurdepääsupiirangu seaduslikkuse üle; (ii) kohtulik kontroll jälitustoiminguga kogutud tõendi seaduslikkuse üle; (iii) kohtu võimalus kohustada prokurööri vahetult tutvustama kaitsjale jälitustegevusega kogutud materjali või teha seda ise; (iv) tõkendi taotluses küllaldane tõendite avamine; (v)

¹⁹⁰ A. Ashworth and M. Redmayne, *The Criminal Process*, 4th ed, Oxford 2010, Lk 45.

¹⁹¹ *Ibid*, Lk 43. Test pärineb järgmisest allikast - B. J. Goold, and others. *Public Protection, Proportionality, and the Search for Balance*, Mistry of Justice Research Series 10:7, 2007, Lk i.

kohtu võimalus rakendada tõendite hindamis- või kasutuskeeldu; (vi) kohtu volitused kohustada menetlejat koostama täiendavat jälitusprotokolli, kui esineb kahtlus, et menetleja on jättnud üles kirjutamata süüdlast õigustava teabe ning (vii) riigisaladuse kinnikatmine jälitustegevusega kogunenud materjalist.

Kohtu kohustust kontrollida kaitsjale jälitustegevusega kogunenud teabe tutvustamata jätmise seaduslikkust, nentis RK nt 04.05.2016. a määruses (i).¹⁹² Kõnealusel lahendis ei tutvustatud kaitsjale jälitusprotokolle põhjusel, et nende tutvustamine oleks võimaldanud teha olulisi järeldusi nii edasiste menetlustoimingute kui ka kogu kohtueelse menetlustaktika kohta.¹⁹³ Kõnealusel tasakaalustav meede vastab siinkirjutaja arvates käsitletud EIKi kriteeriumitele. Arvamus on tingitud EIK nõudest, mille järgi peab konfliktsete hüvede tasakaalustamine olema allutatud kohtulikule kontrollile ning mitte prokröörile. Meetme rakendamise läbi selgub, kas prokuröri juurdepääsupiirang on põhjendatud. Täpsustavalt selgub meetme vahendusel, kas riigisaladuse argumendil varjatav materjal sisaldab infot, mille avalikuks tulek kahjustab Eesti Vabariigi julgeolekut. Abinõu võimaldab ühtlasi saada teadlikuks asjaolust, kas prokurör on diskretsiooniõigust kasutanud heauskselt. Tasakaalustav meede aitab tasakaalustada raskusi, mis võib tekkida *kaitsetrepi* meetodika I. ja II. faasis, võimaldamata seejuures jõuda veel III. faasi.¹⁹⁴ Et kohtulik kontroll oleks efektiivne, on kõnealusel olev meede kindlasti seega esimene, mida tuleb kohaldada sõltumatul ja neutraalsel õiguskaitseorganil. Kui kohus leiab kriminaalasja materjaliga tutvumise järel, et juurdepääsupiirang on põhjendamatu, tuleb kaitsjale tutvustada varjatud materjali. Viimane aga vabastab kohtu edasisest tasakaalustavate meetme rakendamisest. Kui kohus leiab, et juurdepääsupiirang on siiski põhjendatud, saab kohus jätkata konfliktsete hüvede tasakaalustamisega. Järelikult on abinõu kooskõlas *tasakaalustava meetme prop testi* ja EIKi kriteeriumitega.

Kohtu kohustust *ex officio* kontrollida jälitustoiminguga tõendite seaduslikkust, mis hõlmab ka kontrolli *ultima ratio* põhistamise kriteeriumi üle, märkis RK nt tuntud *Maadevahetuse* kriminaalasjas (ii).¹⁹⁵ Antud asjas taotlesid kaitsjad juurdepääsu jälitustoimiku materjalile, kuna kohtu jälituslubade deklaratiivsuse ning trafaretsuse tõttu polnud võimalik kontrollida jälitustegevuse põhjendatust ja proportsionaalsust.¹⁹⁶ RK tutvus jälitustoimiku materjali ja prokuratuuri jälitusloa taotlustega ning leidis, et jälitustegevuse käigus ei rikutud

¹⁹² RKKKm (3-1-1-110-15), p 17.

¹⁹³ *Ibid*, p 6.2.

¹⁹⁴ *Supra* nr 43.

¹⁹⁵ RKKKo (3-1-1-14-14), p-d 668, 725 ja 767.

¹⁹⁶ *Ibid*, p 664.

seaduse nõudeid.¹⁹⁷ Pakutud tasakaalustav meede aitab kaitsjal ületada raskused, mis võivad tekkida *kaitsetrepi* meetodika kahe esimese faasi läbimisel. Eelnevat põhjusel, et kohtul on kohustus avaldada asjaomased järeldused jälitustoimingu seaduslikkusest kohtuistungis protokollis.¹⁹⁸ Kuivõrd vajab riigisaladus kaitset, on analüüsiv meede kooskõlas ka *tasakaalustava meetme prop testi* kolmanda ja neljanda punktiga, sest kaitsja saab meetme vahendusel teadlikuks kohaldatava tõkendi aluseks oleva tõendi õiguspärasusest. Vastava teadmise abil avaneb kaitsjal võimalus testida kohaldatava tõkendi õiguspärasust (*kaitsetrepi* IV. faas). Meetme efektiivsus on mõneti küsitav. Taolises olukorras puudub kaitsjatel ise võimalus vahetult kontrollida jälitustegevuse vormilisi ja materiaalseid eeldusi. Eelnev tähendab, et kaitsjale antakse süüdistuspoolega võrdsed relvad kätte vahendatud kujul. Kuivõrd peab kaitsjal säilima võimalus kummutada mh tõkendiasjas efektiivselt prokuröri kasutatavaid argumente, aitab meede seega lükata ümber prokuröri süüstavaid argumente. Tänu määruskaebuse võimalusele aitab meede teha kindlaks ka alamastme kohtute eksimusi. Seega kaasuses, milles kohus tunnistas ebaseaduslikuks jälitusprotokolli, mis on prokuröri peamine tõend tõkendi asjas, on siinkirjutaja arvates tegemist vägagi efektiivse tasakaalustava meetmega. Järelikult on sõltuvalt käimasoleva kaasuse eripärast tasakaalustav meede efektiivne.

Riigikohtu seisukohta, mis seisneb kohtu võimaluses kohustada prokuröri kaitsjale avaldama jälitustegevuse kogunenud tõendeid või teha seda ise, käsitleti käesoleva peatükis 1.3.3 (iii). Viidatud peatükis jõudis autor järeldusele, et KrMS §- de 34¹ lg 3 ning 126¹⁴ lg 1 alusel kehtestatud juurdepääsupiirangu põhjendused alluvad kohtulikule kontrollile, ent kohtul puudub pädevus kaitsjale ise materjale vahetult tutvustada või kohustada prokuröri selleks. KrMS § 126¹⁴ lg 1 allub seega kohtulikule järelevalvele erinevalt KrMS § 34¹ lg- st 3 paremini, sest esimese sätte alusel kehtestatud piirangu puhul saab kohus kohustada prokuröri avaldama kaitsjale jälitusluba ning selle taotlust. Siinkirjutaja käsitleb kõnealust Riigikohtu seisukohta käesolevas alapeatükis põhjusel, et see läheb rangelt vastuollu EIK praktika ning *tasakaalustava meetme prop testi* kolmanda ja neljanda küsimusega. Eelöeldu tuleneb EIK selgesõnalisest tõdemusest, mille järgi peab tasakaalustavate meetme rakendamise pädevus jääma erapooletule ja sõltumatule kohtule. Analüüsiv Riigikohtu tõdemus võib sõltuvalt kaasuse eripärast muuta kõneaines oleva kaitseõiguse illusoorseks ja ebapraktiliseks, võttes kaitsjalt võimaluse saada teadlikuks süüdistuse valduses oleva õigustava ja soodustava

¹⁹⁷ *Ibid*, p-d 670 - 671, 674. Kohus tõdes sedagi, et juurdepääsupiirangu alused KrMS § 126¹⁴ lg 1 p- de 1-2 ja 4-6 järgi eksisteerisid jälitustoimiku materjali ja prokuratuuri taotluste puhul jätkuvalt.

¹⁹⁸ *Ibid*, p 723.

materjali sisust. Et kaitsjal oleks reaalne võimalus kummutada tõkendiasjas efektiivselt prokuröri süüstavaid argumente, peab kohtul olema võimalus kohustada prokuröri materjali avaldamiseks või teha seda ise. Üksnes nenditud lähenemine vastab EIÕK art 5 lg- st 4 tulenevale kriteeriumile. Järelikult pole Riigikohtu kõnealune seisukoht EIÕK art 5 lg 4 ega *tasakaalustava meetme prop testi* kooskõla vääriline.

Kriminaalkolleegium pakkus 01.07.2017. a määruses välja järgneva tasakaalustava meetme (iv). Kui kaitsjale pole võimalik vahetult tutvustada jälitustegevusega kogunenud tõendeid, siis on üks peamine võimalus avada kahtlustuse aluseks olevate tõendite sisu nt vahistamistaotluses. Tõendid tuleb vahistamistaotluses avada piisava konkreetsusastmega, et võimaldada kaitsjal esitada sisulisi vastuväiteid. Tõendid tuleb avada selliselt, et see ei kahjustaks nt toimetatavat kriminaalmenetlust või teiste isikute põhiõigusi.¹⁹⁹ EIK on tuvastanud Leedu puhul *EoA* põhimõtte rikkumise vahistamisasjas. Nimelt ei pidanud kohus prokuröri koostatud ning kahtlustatavale esitatud tõendite kokkuvõtet sobivaks tasakaalustavaks meetmeks.²⁰⁰ Siinkirjutaja nõustub täielikult EIK seisukohtadega, lisades järgmist. Vastav tasakaalustav meede rikub tugevalt ausa ja õiglase kohtupidamise nõudeid. Esiteks rikub meede juba EIÕK art 5 lg 4 põhinõuet, mille järgi peab tasakaalustavate meetmete rakendajaks olema kohus. Kuna töö alapeatükis 1.3.2 lükkas autor ümber väited prokuröri võimekusest juhtida objektiivselt kohtueelset menetlust, on lausa lubamatu, et riiklikule süüdistajale usaldatakse kriminaalasjas kogutud tõendusteabest kokkuvõtte tegemine. KrMS- st ega Riigikohtu praktikast ei tulene prokurörile selget kohustust - kas, millise põhjalikkuse ja sisuga tõendusteavet tuleb sedastada vahistamistaotluses. Kuna prokurör täidab tõkendi taotlemisel juba kriminaalmenetluse tagamifunktsiooni, mis on ettevalmistus riiklikuks süüdistamiseks, puudub mõistlik põhjus oodata ametnikult õigustava materjali piisavat avamist vahistamistaotluses. Antud meede võimaldab kaitsjal saada teadlikuks kuriteokahtlustuse aluseks olevate tõendite kokkuvõttest, mitte isegi kaitsealust süüstava teabe tegelikust sisust. Isegi kui kohus aitaks tasakaalustajana hinnata vahistamistaotluses kokkuvõetud jälitusprotokollide õiguspärasust, ei saa kaitsja ka siis piisavat ülevaadet kaitsealust õigustavat materjalist. Analüüsiv tasakaalustav meede välistab

¹⁹⁹ RKKKm (3-1-1-27-17), p 8

²⁰⁰ EIKo 19.04.2016, *Albrechtas vs. Lithuania*, p-d 76 - 78. Vahistamisasjas esitati isikule tutvumiseks kuriteokahtlustus ning süüdistusakt, milles sisaldus mh prokuröri koostatud tõendite kokkuvõte. *Strasbourg* tões, et kokkuvõtted kajastavad üksikasjalikult infot sellest, kuidas plaaniti ning pandi toime kuritegu. Kohtu arvates on kaitsel väga keeruline testida asjakohasel viisil kahtlustuse või süüdistuse paikapidavust ilma ühtegi tõendit teatavaks tegemata, millel rajaneb kuriteokahtlus või süüdistus. Kohus ei aktsepteerinud riigisisese prokuröri põhjendust, mille kohaselt ei tutvustatud kaitsele mh kriminaalasja materjali seepärast, et neid oli piisavalt vastavates dokumentides.

seega kaitsja võimaluse kummutada tõkendi arutamisel efektiivselt prokuröri argumente, mistõttu pole võimalik kõneleda *EoA* põhimõtte poole püüdlemisest.

Kohtu ülesannet rakendada prokuröri juurdepääsupiirangu selgitustega mittenõustumise korral tõendite hindamis- või kasutuskeeldu tõkendi taotlemisel, avati alapeatükis 1.3.3 (v). Meede hõlmab täpsustavalt seda, et kohus teeb esmalt prokuröri varjamispõhistustega mitte nõustumise korral viimasele ettepaneku kaitsele tõendite avaldamiseks. Juhul, kui prokurör siiski keeldub, kohustab sõltumatu ja erapooletu organ prokuröri jätma tõendid tõkendi arutamisel välja (hindamiskeeld).²⁰¹ Ka Itaalia kriminaalmenetluse kohtueelse menetluse süsteem kasutab kõnealust tasakaalustavat meetet, mida on kritiseerinud õigusteadlane Fiori oma doktoritöös. Kriitika järgi on vastava meetme tagajärg sama hea kui jätta kahtlustatvale materjal tutvustamata.²⁰² Siinkirjutaja nõustub osaliselt õigusteadlase seisukohaga. Puudub vajadus tutvuda tõendiga, mille kasutamise on ära keelanud kohus, sest sellisel juhul on prokuröriilt niikuinii võetud võimalus kasutada konkreetset tõendit. Kui prokurör ei saa esitada tõendit, puudub kaitsjal ka vajadus seada tõendi õiguspärasust, usaldusväarsust ning kvaliteeti kahtluse alla. Järelikult aitab meede *EoA* doktriini saavutamisele kaasa seeläbi, et kohus vähendab prokuröri relvi. Hindamiskeeld võiks olla Fiori arvates tasakaalustava meetmena efektiivsem, kui eeluurimiskohtunik ei loe kaitseõiguste rikkumise tõttu kohtueelset menetlust lõpuleviiduks ning lükkab prokuröri taotlust lugeda kohtueelne menetlus lõpuleviiduks tagasi senikaua, kuni prokurör leiab võimaluse, et tagada kaitseõiguse teostamiseks vajaminev.²⁰³ Praeguse seisuga ei ole Eestis selliste volitustega eeluurimiskohtu instituuti. Viimane aga ei tähenda, et Riigikohtu välja töötatud tasakaalustav abinõu oleks perspektiivitu. Kuna meetme abil saab kõrvaldada õigusvastaselt tutvustamata jäetud tõendeid, aitab abinõu *EoA* põhimõtte saavutamisele kaasa seeläbi, et kõrvaldab prokuröri süüstava tõendi. Kui hindamiskeeldu saanud tõend on süüdistuspoole jaoks oluline, on viimane survestatud tagama kaitsjale juurdepääsu vastavale tõendile.

Kohtu volitusi kohustada menetlejat koostama täiendavat jälitusprotokolli, kui kaitsja tõstatab kahtluse, et menetleja on jätnud üles kirjutamata süüdlast õigustava teabe, luges RK piisavaks tasakaalustavaks meetmeks *Maadevahetuse* asjas (vi). Maakohus rahuldab vastava kaitsja taotluse ning tagas ka juurdepääsu vastavale jälitusprotokollile.²⁰⁴ Antud kaasuses sai kaitsepool kohtu abiga teadlikuks õigustava tõendi sisust ning seega süüdistuspoolega ka

²⁰¹ RKKKm (3-1-1-110-15), p-d 17 - 18.

²⁰² B. M. Fiori, *supra* nr 1, Lk 74.

²⁰³ *Ibid.*

²⁰⁴ RKKKo (3-1-1-14-14), p 676.

võrdsemasse positsiooni. Asjaolu, et kohus pani menetlejale kohustuse luua jälitustoiminguga kogutud materjali pinnalt täiendav tõend, mis osutus kaitsealust õigustavaks, lähendas kaitsepoolt kindlasti *EoA* seisundile. Järelikult oli meede antud situatsioonis efektiivne. Abinõu pole aga päris probleemivaba. Tasakaalustava meetme efektiivsuse eelduseks on kaitsja teadmine asjaolust, et menetleja valduses võib olla õigustavat materjali, mida pole või on valesti formuleeritud tõendiks. Juhul, kui kaitsja suudab kohtunikku veenda, et menetleja valduses võib olla selline tõend ning kohus taotluse ka rahuldab, ei saa kaitsja siiski garantiid, et menetleja koostab protokollid õigesti või koostab just vajamineva protokollid. Menetlejale eksimus- või kuritarvitusruumi oleks võimalik vähendada, kui kohus kontrolliks koostöös kaitsepoolega menetleja uue protokollid vastavust materjalile, mille pinnalt see koostati. Seega on meede sõltuvalt üksikjuhtumi eripärast efektiivne, kui kohus ka koostöös kaitsjaga pärast menetleja ülesande täitmist kontrollib viimase töö kvaliteeti.

Tasakaalustavat meedet, mis seisneb kaitsjale osalises jälitustegevusega kogutud materjali tutvustamises, kui esineb võimalus katta kinni riigisaladusega kaitstud teave, aktsepteeris kriminaalkolleegium ptk-st 1.3.3 nähtuvalt (vii). Täpsustavalt sedastas kolleegium, et võimaluse korral saab jälitusloa taotlusest ning prokuröri või kohtu jälitusloast katta kinni riigisaladusena kaitstud teabe ning seejärel tutvustada kõnealust materjali kaitsele.²⁰⁵ Tasakaalustav abinõu on kooskõlas EIK praktikaga juhul, kui kohtul on võimalus kontrollida, kas prokuröör on kinnikatmisel lähtunud põhimõttest *nii palju, kui vaja aga nii vähe kui võimalik*. Taoline lähenemine oleks sellisel juhul kooskõlas ka *tasakaalustava meetme prop testi* kriteeriumitega. Meede annab kaitsepoolele võrdsed relvad jälitustegevuse seaduslikkuse kontrollimiseks, mis on vajalik *kaitsetrepi* I. ja II. faasi läbimiseks. Järelikult tuleks puhalt *EoA* põhimõttest lähtudes eelistada analüüsivat abinõud i. ja ii. meetme ees, kuna kaitsja saab nõ relvad vahetult enda kätte. Eeldusel, et jälitustegevusega kogunenud materjalist ei kaeta kinni osasid, mis on *kaitsetrepi* esimeste faaside läbimiseks hädavajalikud, saab kahtlustatava esindaja efektiivselt kummutada tõendite seaduslikkust, millele rajab süüdistuspool argumentid tõkendi taotlemiseks. Kaitsjale juurdepääsupiirangust tulenenud raskuseid pole efektiivselt tasakaalustatud, kui kinni on kaetud enamik jälitustoimingu taotlustest ja lubadest. Seega küsimus sellest, et kas kõneaines olev tasakaalustav abinõu on kooskõlas EIK standardite ja *tasakaalustava meetme prop testi* nõuetega, sõltub juhtumipõhiselt.

²⁰⁵ RKKKm (3-1-1-1-17), p 54.

2.2.4. Efektiivseid lahendusi maailma õiguspraktikast

Töö autorile teadaolevalt on UK õiguspraktikas lahendatud konflikti kaitsja kõnealuse õiguse ning oluliste avalike huvide vahel peamiselt kahel erineval viisil. Nendeks on: kohtu volitused kaaluda konfliktsete hüvede vahekorda *ex parte* istungil ja rakendada tasakaalustavaid abinõusid, milleks on materjali osaline tutvustamine või erikaitsja (*special counsel*) määramine.

Peamine õigusakt, mis reguleerib UK-s mh kaitsjale eeluurimises materjali avaldamist, on kriminaalmenetluse ja uurimise akt (*CPIA*).²⁰⁶ Kuigi eeluurimiskohtu instituut on UK-le võõras²⁰⁷, ütleb materjali avaldamise küsimuses viimase sõna kohus ning seda alates eeluurimisest kuni kohtumenetluse lõpuni²⁰⁸. *CPIA* teises seksioonis defineeritakse prokuröri materjali avaldamist (*prosecution disclosure*) kui prokuröri seksioonidest 3²⁰⁹ ja 7A²¹⁰ tulenevat kohustust avaldada tema valduses olev materjal või materjal, mida ta on inspekteerinud, ja mis mõistlikel kaalutlustel võiks vastavas menetluses olla süüdlase kahjuks või kasuks.²¹¹ *CPIA* lubab prokuröil esitada kohtule taotluse sellise materjali varjamiseks, mille avaldamine võib kahjustada olulisi avalikke huve. Enne taotluse tegemist peab prokuratuur avaldama kaitsele nii palju materjali, kui on võimalik (nt andma kaitsjale kokkuvõtted sellisest materjalist või tutvustama redigeeritud koopiaid).²¹² Otsuse sellest, kas tundliku materjali

²⁰⁶ Criminal Procedure and Investigations Act 1996 (section 23(1)) Code of Practice. Juhiseid ja õigusakte, mis täpsustavad kaitsele materjali avaldamist, on UK-s teisigi. Vt nt Attorney General's Guidelines on Disclosure For investigators, prosecutors and defence practitioners Dec 2013 (*UK justiitsministri juhised*). - Arvutivõrgus: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/262994/AG_Disclosure_Guidelines_-_December_2013.pdf (01.04.2018).

²⁰⁷ The Rt Hon. Lord Justice Gross, Review of Disclosure in Criminal Proceedings, Judiciary of England and Wales, Sept 2011, p 101. - Arvutivõrgus: <https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/JCO/Documents/Reports/disclosure-review-september-2011.pdf> (01.04.2018).

²⁰⁸ *Regina vs. Jan Jisl and others* (2004) EWCA Crim 696.

²⁰⁹ *CPIA* seksioon 3 kehtestab materjali avaldamise üldkohustused (p-d 3.1 - 3.7).

²¹⁰ *CPIA* seksioon 7 näeb ette, millise materjali peab politsei avaldama prokurörile (p-d 7.1 - 7.5). Kaitsele materjali avaldamise test lähtub olulise tõendi testist (*material evidence*). Vt *Her Majesty's Advocate vs. AM, JM* (2016) HCJAC 34 ja *Regina vs. Jonathan Embleton* (2016) EWCA Crim 1968, p 37. Nt asjas *Regina vs. Jonathan Embleton* küsis kohus kaitsjale materjali tutvustamise küsimuse otsustamiseks endalt kaks küsimust. Küsimused olid: (i) kas materjal, mida kaitsjale ei soovita tutvustada, on oluline ning kuulub seetõttu avaldamisele; (ii) kui vastus i. küsimusele on jaatav, siis kas materjali mitte avaldamine on kohtu arvestes tingitud tõendi ebausaldusväärsusest, millele tuginemine toob endaga kaasa õigusvastase kohtulahendi.

²¹¹ Lisaks prokuröri materjali avaldamise kohustuse üldreeglile, tuleb arvestada ka *UK justiitsministri juhiste* p-ga 6. Materjalil, mille tutvustamist taotletakse, on potentsiaali: /.../; (b.i) kõrvaldada tõendi kasutamise menetlusest; (b.ii) aidata esitada asjakohast taotlust; (b.iii) aidata kohtul või tribunaliil jõuda tõdemuseni, et riik ei ole taganud süüdlase EIÕK- st tulenevaid õigusi; (c) selgitada, kas täielikult või osaliselt süüdlase käitumist; (d) omada tähtsust teaduslikku või meditsiinilise tõendi jaoks menetluses./.../. Lisaks tuleb arvestada, et üksik materjal ei pruugi võimaldada prokuröri seisukohtade kritiseerimist ning süüdlast õigustavate väidete püsitamist, mistõttu tuleb avaldada mitu materjali koos, kui nad annavad sellise tulemuse. Vt *UK justiitsministri juhised*, p-d 5 - 7.

²¹² *UK justiitsministri juhised*, p 65. UK-s loetakse materjali, mida ei saa kaitsjale tutvustada oluliste avalike huvide kaitse eesmärgil, tundlikuks materjaliks (*sensitive material*). Nn tundliku materjali definitsiooni annab *CPIA* p

varjamine on oluliste avalike huvide kaitseks põhjendatud, langetab kohus prokuröri taotluse alusel²¹³, rakendades selleks pretsedendist *R. vs. H ja C* tulenevaid printsiipe.²¹⁴ /.../ Kohtul tuleb lahendada seega järgnevad küsimused:

- (i) Mis on materjal, millele tahab prokurör piirata juurdepääsu? Küsimus nõuab kohtu põhjalikku vaagimist.
- (ii) Kas kõnealune materjal võiks aidata kritiseerida prokuröri või tugevdada kaitse seisukohti? Eitava vastuse korral pole materjali avaldamine põhjendatud. Kui jah, siis tuleks prokuröri kohustada materjali avaldama, arvestades küsimustega iii, iv ja v.
- (iii) Kas materjali avaldamisega võib kaasneda tõsine risk, et kahjustatakse olulist avalikku huvi? Kui ei, siis materjal kuulub avaldamisele.
- (iv) Kui vastuses ii. ja iii. küsimusele on jaatav siis, kas kaitse huve on võimalik kaitsta ilma materjali avaldamiseta või materjal tuleks avaldada piiratud ulatuses või viisil, mis kaitseb piisavalt kõneaines olevat avalikku huvi ja tagab ka piisava kaitse huvid? Viimane nõuab kohtu kaalutusotsust küsimuses, viidates konkreetsele materjalile, millele soovib prokurör piirata juurdepääsu ja kaasuse faktidele ning kaitse materjali avaldamisele, kas prokurör peaks formaalselt möönma, et tuleb rahuldada täielik või piiratud juurdepääs materjalile. Seda võib teha kaasustes sobival viisil, kas materjali kokkuvõtetena või tõendi väljavõtetena, samuti anonümiseerides või muutes dokumendi sätteid ning tingimused, et kohus kiidab igal üksikjuhtumil heaks valitud kujul dokumendi esitamise. Vastavates kaasustes võib erikaitsja määramine osutada vajalikuks, tagamaks kaitse huvid ning kritiseerimaks prokuröri väidete paikapidavust. Kohus võib erakordselt keerulistes kaasustes nõuda erikaitsja määramist, et tagada küsimustele ii - iv õige vastus.
- (v) Kas iv. küsimusele vastates välja pakutud meetmed on minimaalsed ning vajalikud piirangud, et kaitsta kõnealuseid avalikke huve? Kui ei, siis tuleks kohtul otsustada laiemal materjali avaldamise kasuks, kui see esindab printsiipide tähenduses minimaalset piirangut.

6.15. Tundlik materjal on nt: seotud riigi julgeolekuga; konfidentsiaalne ja seotud luure või julgeoleku agentuuridega jne.

²¹³ *CPIA* p 10.5. /.../ Kui kohus jõuab järelduseni, et tundlik materjal rahuldab prokuröri materjali avaldamise kriteeriumid ja et kaitse huvid kaaluvad kaitsevajava olulise avaliku huvi, on menetluse jätkamiseks materjali avaldamine vajalik. Eelõeldu ei tähenda seda, et alati tuleks avaldada tundliku materjali originaal. Nt võib kohus otsustada, et:

- a) tundlik osa materjalist tuleb kinni katta; või
- b) materjalist tuleb teha kokkuvõtte /.../.

²¹⁴ *UK justiitsministri juhised*, p 68.

- (vi) Kui vastavalt iv. ja v. küsimusele avaldatakse materjal osaliselt, siis kas piirangu tulemuseks on süüdlase jaoks tervikuna ebaõiglane menetlus? Kui jah, siis tuleb otsustada laiema materjali avaldamise kasuks isegi juhul, kui see sunnib või võib sundida prokuröri menetlust materjali avaldamiseks katkestama.
- (vii) Kui vi. küsimusele antakse eitav vastus, siis kas see jääb õigeks vastuseks, kui kohtumenetlus avaneb, tõendeid tsiteeritakse ning kaitse positsioon paraneb. /.../²¹⁵

Raske on väita, et *UK test* oleks vastuolus alapeatükis 2.2.3 käsitletud EIK standardite ja *tasakaalustava meetme prop testi* nõetega. *Strasbourg* on eitanud oma pädevust kaaluda, kas materjali varjamine oluliste avalike huvide kaitseks on põhjendatud, kuna tegemist on riigisisese kohtu kaalutusõigusega.²¹⁶ *UK skeem per se* on rahuldanud EIKi õiglase kohtupidamise doktriini.²¹⁷ Vaatamata põhjaliku *UK testile* olemasolule, mis hõlmab kohtu ulatuslikku rolli tasakaalustajana, on erinevad autoriteedid seda ka korduvalt kritiseerinud.

Kaheksa EIKi kohtunikku seitsmeteistkümnest esitasid *Jasper*'i otsuses eriarvamuse. Seisukohti põhjendasid kohtunikud kokkuvõtlikult järgnevalt. Prokurör ei informeerinud kaitsjat materjali olemusest, millele taotles avalike huvide tõttu juurdepääsupiirangut. Samuti ei informeeritud kaitsjat kohtu *ex parte* istungil esitatud motiveeringutest, miks materjali otsustati varjata. *Ex parte* istung, milles kaitsel puudus igasugune esindus, viis ebaõiglase kohtumenetluse ja ebavõrdsete relvadeni. Fakt, et kohus rakendas kohtulikku kontrolli materjali juurdepääsupiirangu vajaduse üle ka kohtumenetluses, ei saa olla piisav tasakaalustamiseks täielikku kaitse esindatuse puudumist *ex parte* istungilt. Erikaitsja jäeti määramata põhjendamatu. Eriarvamuse esitanud kohtunikud viitasid *Doorson* ja *Van Mechelen* lahenditele märkides mh, et sellisest järjepidevast kohtulikust kontrollist, nagu antud kaasuses teostasid UK kohtud, ei piisa. Riigisisese kohtu oleksid pidanud otsima aktiivselt võimalusi, kuidas tasakaalustada piisavalt kaitsele juurdepääsupiirangust tekkinud raskusi.²¹⁸

Samad kohtunikud esitasid eriarvamuse ka *Fitt*'i kaasuses, kuid argumentatsioon erines veidi sellest, mille esitasid nad *Jasper*'s. Kuigi prokurör informeeris kaitsjat nii materjali

²¹⁵ *R. vs. H and C* (2004) UKHL 3 (2004) 2 Cr. App. R. 10, p 36. /.../ Väga oluline on, et vastust vi. küsimusele ei käsitataks kui lõplikku, vaid kui ajutist vastust, millel peab kohus vajadusel pidevalt hoidma silma peal. /.../. Edaspidi nimetab siinkirjutaja pretsedendist tulenevaid printsiipe ka *UK testiks* või *skeemiks*.

²¹⁶ *R. vs. H and C* (2004), p 54; EIKo (*Jasper vs. The United Kingdom*), p 53; EIKo 25.12.2001, *P.G. and J.H. vs. The United Kingdom*, p 68.

²¹⁷ Vt nt EIKo 27.10.2004, *Edwards and Lewis vs. The United Kingdom*, p 55. Kaasuses nentis EIK olukorra kooskõla konventsiooni art-ga 6, kui kohus, kes kõigist materjali avaldamisega seonduvatest probleemidest teadlik, rakendab tasakaalustavaid meetmeid oluliste avalike huvide ning vastava kaitseõiguse vahel. Kaitsjal tuleb hoida kursis materjali varjamise teoflustest, esitada taotlusi ning võimaldada osaleda otsustusprotsessis nii palju kui on võimalik.

²¹⁸ EIKo, (*Jasper vs. The United Kingdom*), Dissenting Opinions of Judges Palm, Fischbach, Vajič, Thomassen, Tsatsa-Nikolovska, Traja, Zupančič and Hedigan.

olemusest, esitatavast taotlusest ning esitas viimasele ka muudetud kokkuvõtte materjalist, eitasid kaheksa vähemusse jäänud kohtunikku menetluse võistlevust. Kaitse esindus jäeti esimesele materjali avaldamisküsimuse istungile kaasamata *ex parte*. Kaitse ei saanud mh teadlikuks kohtuniku materjali tutvustamata jätmise põhjendustest. Kaitsja kaasati järgnenud materjali juurdepääsupiirangu arutelule, milles paluti tal argumenteerida materjali avaldamise kasuks. Kaitsjal, kellel pole vähimatki aimu avaldamata materjali sisust, pole paratamatult suuteline argumenteerima materjali tutvustamise poolt. Kaitse esinduse puudumine *ex parte* istungilt tekitas kaitsele raskused, mida ei tasakaalustatud piisavalt. Selleks, et kohus saaks täita õiguste tasakaalustaja rolli, peab ta esmalt saama mõlema poole arvamused materjali varjamisvajaduse kohta. Eriarvamuses korrati ka erikaitsja määramise vajadust situatsiooniks, kus süüdlast ning tema kaitsjat pole võimalik lubada istungile. Mainitud abinõu oleks kaitse õigusi piiranud vähem.²¹⁹

UK materjali tutvustamise skeemi on kritiseerinud ka õigusteadlane H. Quirk. Quirk arvab, et UK skeem ei saa kunagi sellise kriminaalmenetluse süsteemi oludes töötama. Prokuratuur, kellel lasub materjali avaldamise kohustus, on otseses sõltuvuses informatsioonist, mis nähtub politsei koostatud materjali avaldamise graafikust (*disclosure schedule*). Info graafikus on pealiskaudne, st sealt sedastuva info põhjal ei saa prokurör teadlikuks kogu politsei valduses olevast materjalist. Nii on prokurör teadlik üksnes talle avaldatud materjalist, mis nähtub ka graafikust.²²⁰ UK prokuröridel puudub oskus hinnata materjali olulisust kaitse perspektiivist.²²¹ *CPIA*-d uurides selgub, et politseil on tema valduses oleva materjali olemasolu, esialgse avaldamiskohustuse ning graafiku koostamise tõttu oluline roll. Materjali avaldamise otsus ja vastava graafiku koostamine on keeruline juriidilise iseloomuga ülesanne, milleks politseil puudub vajalik väljaõppe.²²²

Selgub, et *UK testi* rakendamine võib osutada praktikas üsna kaitseõiguse vaenulikuks. Siikirjutaja nõustub autoriteetide kriitikaga ning lisab järgmist. *UK test* lähtub väga kitsasti tõlgendatud tõendi olulisuse standardist, mis võimaldab asetada kaitsja väga keerulisse olukorda (vt *UK test ii küsimus*). Vastavas osas tuleb vaieldamatult nõustuda käsitletud EIKi kohtunike eriarvamusega, mille järgi pole ükski kaitsja suuteline argumenteerima materjali avaldamise kasuks, kui ta pole näinud kunagi kõnealust tõendit. Järelikult on *testi* kasutegur

²¹⁹ EIKo (*Fitt vs. The United Kingdom*), Dissenting Opinions of Judges Palm, Fischbach, Vajič, Thomassen, Tsatsa-Nikolovska, Traja, Zupančič and Hedigan.

²²⁰ H. Quirk, The significance of Culture in criminal procedure reform: Why the revised disclosure scheme cannot work, *The International Journal of Evidence & Proof* 10, 2006, Lk 52.

²²¹ *Ibid*, Lk-d 52 - 53.

²²² *Ibid*, Lk 47.

nullilähedane, kui isegi kohus ei aita katsepoolel hinnata, kas tõend võiks olla viimase jaoks oluline. EIKi praktika järgi peaks kohus kaitsepoolt vasavas küsimuses aitama aga juhul, kui kohus seda ei tee, pole *UK test* kooskõlas EIK kõige olulisema kriteeriumiga, milleks on kohtulik kontroll. Probleemne on ka asjaolu, mille järgi otsustatakse materjalile juurdepääsu piiramine *ex parte* istungil. Kui kaitsjalt võetakse võimalus vaielda vastu prokuröri juurdepääsupiirangu argumentidele, pole võimalik kõneleda *EoA* seisundist. Öeldut toetab eriarvamusele jäänud EIKi kohtunike positsioon, mille järgi on kohtul õiguste tasakaalustaja rolli täitmiseks vaja teada mõlema poole sisukat arvamust. Mis puudutab tasakaalustavaid meetmeid, pakub *UK skeemi* iv. küsimus hüvede tasakaalustamiseks välja kohtu järelevalve all materjalist muudetud kokkuvõtte tegemise, milles sisaldub kaitstav oluline avalik huvi. Ka RK on välja pakkunud vastava tasakaalustava abinõu, ent nagu alapeatükist 2.2.3 selgus, pole tõendist kokkuvõtte tegemine kooskõlas *EoA* doktriiniga. Tõendi kokkuvõtte ei võimalda kaitsjal esitada prokuröri vahistamistaotlusele tõhusaid vastuväiteid.²²³ Kõnealust seisukohta toetasid sisuliselt ka lahendis *Fitt* eriarvamusele jäänud EIKi kohtunikud.

UK test on iseenselt positiivne võtmes, mille järgi on UK kodifitseerinud oma pikajalise materjali avaldamise kogemuse. Materjali avaldamisnormide kodifitseerimine tuleks kasuks ka Eestile, sest praeguse seisuga on KrMS-s vaid kaks paragrahvi, mis reguleerivad materjali avaldamist kaitsele. Eelmisest alapeatükist nähtus, et materjali avaldamise kohta on tekkinud juba arvestatav Riigikohtu praktika. Samuti on materjali avaldamise kohta ka lõpmatu hulk EIKi kohtupraktikat. Õiguserakendajale oleks käepärasem lahendus, mille järgi oleksid kõik asjakohased materjali avaldamise printsiibid ning reeglid kodifitseeritud. Teisest küljest viitab UK materjali avaldamisreeglite rohkus killustatusele, mis teeb vastava õigusinstituudi raskesti hoomatavaks. Alljärgnevalt selgub, et UK asjaomased reeglid ei piirdu ainult senikäsitletuga.

Järgnevalt UK erikaitsja instituudist kui tasakaalustavast abinõust. Erikaitsja on jurist, kellele antakse juurdepääs kõikidele tõenditele (sh olulist avalikku huvi või tundlikku informatsiooni sisaldavale materjalile), ja kes, esindades kaitse huve, saab osa võtta kinniseks kuulutatud (*CMP*)²²⁴ võistlevast istungist.²²⁵ UK võttis eriadvokaadi instituudi kasutusele

²²³ EIKo (*Albrechtas vs. Lithuania*), p-d 76 - 78.

²²⁴ J. Sullivan kirjutab kinnisest istungist või ka salakohtust (*closed material procedure*), mida kasutatakse siis, kui valitsus esitab kohtule informatsiooni, mille avaldamine on läheks vastuollu avalike huvidega või kahjustaks riigi julgeolekut. Vt J. Sullivan, *Closed Material Procedures and the Right to a Fair Trial*, *Maryland Journal of International Law*, Vol 29 (12), 2014, Lk-d 269 - 270. - Arvutivõrgus: <http://digitalcommons.law.umaryland.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1620&context=mjil> (09.04.2018).

²²⁵ House of Commons Constitutional Affairs Committee, *The operation of the Special Immigration Appeals Commission (SIAC) and the use of Special Advocates*, Seventh Report of Session 2004-05, Vol 1, HC 323-I, p 44. - Arvutivõrgus: <https://publications.parliament.uk/pa/cm200405/cmselect/cmconst/323/323i.pdf> (06.04.2018).

pärast EIKi otsust asjas *Chahal vs. Ühendkuningriigid*.²²⁶ *Chahal*'i lahendist on möödunud palju aega, mille jooksul on UK-s erikaitsja regulatsioonis toimunud palju muudatusi. Nüüdisajal reguleerib rasketes kriminaalasjades erikaitsja määramist nt 2011. a Terrorismi preventsiiooni ning uurimismeetmete akt (*TPIMA*) neljas spetsifikatsioon.²²⁷

Alapeatükis käsitletud eriarvamusele jäänud EIKi kohtunikud on UK erikaitsja instituuti kui tasakaalustavat meedet toetanud.²²⁸ Prof O.Sidhu on toetanud erikaitsja määramist kui võimalust tasakaalustada kaitsepoolt olukorras, kus avalike huvide kaitseks kuulutatakse istung kinniseks. Erikaitsja iseseisvus võimaldab tal tutvuda konfidentsiaalse materjaliga ilma avalikku huvi ohtu seadmata. Sidhu toob välja ka selle, et kui erikaitsjat ei rakendata kaitseõigust vähem piiravama meetmena, pole menetlus aus ja õiglane.²²⁹ Kuigi kaitse ei taotlenud vahistamisasjas erikaitsja määramist, jäi EIK otsuses *Sher vs. Ühendkuningriid* rahule UK tegevusega rahule, ega tuvastanud EIÕK art 5 lg 4 rikkumist.²³⁰

UK erikaitsja süsteem on saanud ka piisavalt kriitikat. J. D. Jackson toob välja, et erikaitsjal on oma ülesandeid raske täita, sest pärast kaitstava materjaliga tutvumist, ei saa ta esindatava käest võtta enam juhiseid. Eelöeldu tähendab Jacksoni arvates seda, et erikaitsja ei saa aidata kohtunikku küsimuses, milline osa varjatavast materjalist võiks olla soodne kaitsepositsioon.²³¹

²²⁶ *Ibid*, p-d 46 ja 48. *Chahal*'i lahendi järel võttis UK vastu 1997 *SIAC* akti. Vt ka EIKo 15.11.1996, *Chahal vs. The United Kingdom*, p-d 130 - 133 ja 144.

²²⁷ Terrorism Prevention and Investigation Measures Act 2011, c. 23, sect 18, sch 4 (*TPIMA 2011*). - Arvutivõrgus: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2011/23/schedule/4> (09.04.2018). 2011 *TPIMA* neljanda septsifikatsiooni § 1 p a ning § 2 lg 1 p-d a ja b paneb *TPIM* kaasust menetlevale kohtule kohustuse kaitsta olulist avalikku huvi sisaldavat materjali. § 3 lg 1 sätestab üldreeglid, millal kohus saab riigisekretäri kohustada avaldama menetluses kaitsele materjali. Riigisekretär on õigustatud kaitsele jätma materjali avaldamata üksnes kohtu loal (§ 4 lg 1 p a). Kohus otsustab riigisekretäri taotluse rahuldamise *ex parte* istungil (§ 4 lg 1 p-d b ja c). Juhul, kui kohus otsustab riigisekretäri taotluse rahuldada, peab ta kaaluma riigisekretäri kohustamist tegema kaitsele juurdepääsupiiranguga materjalist kokkuvõtteid (§ 4 lg 1 p d), mis ei tohi sisalda tundlikku infot (§ 4 lg 1 p e). *TPIM* kaasust lahendav kohus tagab eelnimetatud reeglite täitmise ja vajadusel rakendab riigisekretärile sanktsioone olukorras, kus ta ei täida kohtu otsustusi (§ 4 lg-d 2 ja 3). Kohus järgib oma otsustes 1998. *Inimõiguste akti*, ega lähe sellega vastuollu (§ 5 lg-d 1 ja 2). Kinniseks kuulutatud istungitele saab määrata erikaitsja nt justiitsminister (§ 10 lg 5 p a). Erikaitsja esindab kinniseks kuulutatud istungil poole huve, keda istungile ei lasta või on sealt kõrvaldatud (§ 10 lg 1), kuid ei vastuta sellise isiku ees (§ 10 lg 4).

²²⁸ EIKo, (*Jasper vs. The United Kingdom*), Dissenting Opinions of Judges Palm, Fischbach, Vajič, Thomassen, Tsatsa-Nikolovska, Traja, Zupančič ja Hedigan; EIKo (*Fitt vs. The United Kingdom*), Dissenting Opinions of Judges Palm, Fischbach, Vajič, Thomassen, Tsatsa-Nikolovska, Traja, Zupančič ja Hedigan. Eriarvamusele jäänud kohtunikud märkisid, et avalike huvide kaitseks pole täielik juurdepääsupiirang õigustatud juhul, kui on võimalik rakendada vähem piiravat meedet nagu seda on erikaitsja.

²²⁹ O. Sidhu, *supra* nr 173, Lk-d 185 - 186.

²³⁰ EIKo 14.03.2016, *Sher and others vs. The United Kingdom*, p-d 153 - 156. 10.04.2009 toimus *CMP*, et kohus saaks hinnata vahistamise aluseks olevat materjali, mis sisaldas olulist avalikku huvi. Kaitse ei taotlenud kordagi erikaitsja määramist, kuigi neil oli selleks võimalus. Teises *inter partes* istungil selgitas politsei suuliselt, miks juurdepääsupiirangu taotlus esitati. Lisaks avaldati kaitsele detasiselt enamus materjalist ning võimaldati küsitleda tunnistajaid.

²³¹ J. D. Jackson and S. J. Summers, *supra* nr 100, Lk 321.

J. Ip on välja toonud sisuliselt sama argumendi lisades, et erikaitsja ning esindatava kommunikatsiooni piirang võib kahjustada ka esindatava menetluslikke huve.²³²

Siinkirjutaja toob kokkuvõtteks välja, et UK materjali avaldamise normid piiravad ebamõistlikult UK erikaitsja potentsiaali avaldumist. Probleem saab alguse *UK testist. Testi iv.* küsimuse järgi määrab kohus erikaitsja ainult erakordselt rasketes ja keerulistes kaasustes. Sellest järeldub, et erikaitsja määramine on antud ühe inimese otsustada kaasustes, milles materjali avaldamine võiks kahjustada olulist avalikku huvi (vt *UK testi iii.* küsimus). Eespool käsitletud kohtunike eriarvamustest selgus seegi, et UK praktikas on jäetud põhjendamatu määramata erikaitsja oludes, kus teda oleks olnud vaja tasakaalustava elemendina. Kaasused, milles süüdlase kaitsjat ega erikaitsjat ei kutsuta istungile, kus hakatakse arutama materjali avaldamise küsimust, ei saa olla kooskõlas õiglase menetluse doktriiniga. Seisukohta toetab ülal käsitletud O.Sidhu arvamus. *CMP* õõnestab siinkirjutaja arvates UK kui õigusriigi usaldusväärust. Selliste menetluste harrastamine viitab kuritegevuse kontrolli mudelile (vt peatükk 2.2.1). Kohtuistung peab olema avatud ning läbipaistev, et see tekitaks repressseeritavates isikutes usaldusväärust ning mõistmist, et neid karistatakse õiglaselt ja ausalt. Järgmine vastuargument UK erikaitsja kasulikkuse toetub eespool viidatud J.D. Jacksoni omale. Kui erikaitsjal keelatakse suhelda ja saada juhtnööre oma esindatava käest pärast salajase materjaliga tutvumist, on tegu ebapraktilise ja illusoorse tasakaalustava abinõuga. Tõhusat kaitsestrateegiat pole võimalik planeerida ilma teadmista, millele keskenduda salajaseks kuulutatud materjali vaatamisel. Murekohale, mille järgi UK erikaitsja instituut eirab täielikult advokaadi ja kliendi konfidentsiaalsuse privileegi, on tähelepanu pööranud ka Jackson.²³³

UK erikaitsja instiitsioon on aga heas mõttes revolutsiooniline, sest kaitse huvid on vähemalt mingiski ulatuses esindatud *ex parte* istungil. Erikaitsja kommunikatsioonipiirang kohaldub siiski alles pärast olulist avalikku huvi või riigi julgeoleku infot sisaldava materjaliga tutvumist. Enne mainitud materjaliga tutvumist on erikaitsjal võimalik konsulteerida esindatavaga ning saada teadlikuks kaitsestrateegiast, tegutsedes sellele vastavalt. Erikaitsja potentsiaal avaldub paremini kaasustes, mille esemeks on terrorism. Nagu selgus eelkäsitletust, määratakse kõnealustes kaasustes erikaitsja kohustuslikus korras. *ICC* prokuröri ning eeluurimiskohtu funktsioonidest ning volitustest seonduvalt tõendite kogumise ja kõneaines

²³² J. Ip, The Rise and Spread of the Special Advocate, University of Auckland, Jul 2008, Lk 26. - Arvutivõrgus: <https://ssrn.com/abstract=1292537> (09.04.2018).

²³³ *Ibid*, Lk 322 - 323. Kokkuvõttelikult pöörab Jackson tähelepanu advokaadi kutsesaladusele, mis on advokaati kutseetikas püha.

oleva kaitseõiguse tagamisega tehti sissejuhatavalt algust kirjatöö ptk-s 2.2.1. *RS* kehtestab range üldreegli, mis käsitleb prokuröri kohustust avaldada kaitsele kõik tõendid, mis aitavad viimasel testida prokuröri argumente.²³⁴ Mis puudutab *ICC* prokuröri materjali avaldamise kohustust, tõusetuvad W.Schabasi arvates keerulisemad kohtuvaidlused kaasustest, milles prokurör omab infot, mis on saadud konfidentsiaalsus kokkuleppe alusel.²³⁵ Nii pole välistatud konflikt *RS* art-te 54 § 3 p e ning 67 § 2 vahel.²³⁶

Kataganda lahendis märkis *ICC*, et eeluurimiskohtunik on *ex parte* istungil pädev hindama prokuröri kaitse eest materjali kaitsevajaduse põhjendusi ja meetmeid *RS* art 54 § 3 p f alusel koostoimes *RPE*²³⁷ art 81 §-ga 4.²³⁸ Lahendis on viidatud EIKi õiglase menetluse standarditele ning sedastatud, et tegemist pole absoluutse õigusega, st vastavat õigust võib piirata kaalukate huvide esinemise korral.²³⁹ *ICC* selgitab eeluurimiskohtu kohustust kontrollida prokuröri materjali kaitsevajaduse põhjendusi igal üksikjuhtumil. Materjali varjamisvajaduse jaatamise korral peab kohus võtma kasutusele tasakaalustavad abinõud, et tagada *EoA* ning õiglase menetlus kaitsele. Eriti hoolikalt tuleb otsustamisel toimida siis, kui varjatava materjali hulgas on kaitsepositsiooni soodustavaid tõendeid.²⁴⁰ Hindamaks, kas materjali varjamine kaitsja eest on *RPE* art 81 § 4 alusel õigustatud, tuleb *ICC* arvates kaaluda erinevate hüvede vahekorda hoides meeles, et kaitsele materjali avaldamine on vääramatu üldreegel ning varjamisaluste kohaldamine peab jääma erandlikuks. Kaalumist vajavad kriteeriumid on (*ICC test*): /.../

²³⁴ The Rome Statute of the ICC (*RS*) 01.07.2002. - Arvutivõrgus: https://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/ea9aeff7-5752-4f84-be94-0a655eb30e16/0/rome_statute_english.pdf (11.04.2018). *RS* art 67 § 2 kehtestab prokuröri kohustuse avaldada tema valduses või kontrolli all olevad tõendid kaitsele nii pea kui võimalik, mis aitavad testida prokuröri süüstavaid seisukohti või tema esitatud tõendite kredibiilsust. Kahtluse korral lahendab vastava küsimuse kohus.

ICC on nentunud, et art 67 § 2 kohaldub ka siis, kui prokurör sõlminud informatsiooni saamiseks art 54 § 3 p e alusel konfidentsiaalsus kokkuleppe. Vt *ICC-01/04-01/06 OA 13, The Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo, Situation in the Democratic Republic of the Congo, Judgement on the Appeal of the Prosecutor against the decision of Trial Chamber I entitled "Decision on the consequences of non-disclosure of exculpatory materials covered by Article 54(3)(e) agreements and the application to stay the prosecution of the accused, together with certain issues raised at the Status Conference on 10 June 2008"*, p-d 44 ja 55. - Arvutivõrgus: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2008_05884.PDF (11.04.2018).

²³⁵ W. Schabas, *The International Criminal Court: A Commentary of the Rome Statute*, Oxford University Press 2010, Lk 676. Vt lisaks. Prokurör võib igas menetlusetapis kokku leppida, et ei avaldata informatsiooni, mis on saadud konfidentsiaalsuse kokkuleppe alusel, kasutades infot üksnes uue tõendi saamiseks, va kui sellise informatsiooni andja annab nõusoleku avaldamiseks (*RS* Art 54 § 3 p e); Prokurör võib rakendada vajalikke meetmeid, või taotleda vajalike meetmete kasutusele võtmist, et kaitsta informatsiooni konfidentsiaalsuse läbi igat isikut või tõendit (*RS* art 54 § 3 p f).

²³⁶ *Ibid*, Lk 681.

²³⁷ Rules of Procedure and Evidence of the ICC (*RPE*) 10.09.2002 (*ICC-ASP/1/3 and Corr.1*), part II.A. - Arvutivõrgus: <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/pids/legal-texts/rulesprocedureevidenceeng.pdf> (11.04.2018).

²³⁸ *ICC-01/04-01/07, The Prosecutor vs. Germain Kataganda, Situation in the Democratic Republic of the Congo, Judgement on the appeal of the Prosecutor against the decision of Pre-trial Chamber I entitled "First Decision on the Prosecution Request for Authorisation to Redact Witness Statements"*, p-d 1 - 2, 4 ja 43. - Arvutivõrgus: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2008_02445.PDF (11.04.2018).

²³⁹ *Ibid*, p-d 58 ja 62.

²⁴⁰ *Ibid*, p-d 62 ja 66.

- (i) materjali avaldamisega kaasnevad ohud;
- (ii) piirava meetme vajalikkus;
- (iii) ohustatava hüve kaitsmiseks valitud vajalik meede peab võimalikult vähe koormama süüdlase õigusi;
- (iv) igasugune valitud kaitsemeede ei tohi kahjustada või minna vastuollu süüdlase õigustega ja ausa ning erapooletu menetluse doktriiniga; /.../²⁴¹
- (v) kohus peab vajadusel rakendava tasakaalustavaid meetmeid, et tagada *EoA* ning menetluse võistlevus, kaitstes seeläbi kahtlustatava huve. /.../²⁴²

Prof A. Cassese on fikseerinud *ICC* tasakaalustavate abinõude kohta järgmist. Praktikast võib tulla ette olukordi, kus nt riigi julgeoleku kaalutlustel puudub võimalus tutvustada kaitsjale materjali. Juhul, kui kõneaines oleva informatsiooni andja ei luba prokuröri materjali avaldada, jääb prokuröri kohustus avaldada süüdlase õigustav materjal. Prokurör peab vastavas olukorras konsulteerima eeluurimiskohtunikuga, et tasakaalustada kaitsepoolt juurdepääsupiirangust põhjustatud raskuste tõttu. Prokurör ei esita kohtule materjali originaale ega ühtegi detaili materjali päritolust, vaid ettepanekud võimalikest tasakaalustavatest abinõudest. See, milline abinõu on kõige efektiivsem ja sobivam, otsustab eeluurimiskohtunik kohtueelses menetluses. Tasakaalustavateks abinõudeks võivad olla info edastamine kokkuvõttena või redigeeritud vormis ning materjalil baseeruvatatest süüdistustest loobumine. *ICC* president saab vajadusel määrata konfidentsiaalsest listist erikaitsja, kes tutvub kõneall oleva teabega ning nõustab kohtunikku, milline oleks kõige efektiivsem tasakaalustav abinõu.²⁴³

K. Ambos selgitab, et tänu *Lubanga* juhtumile on RS art 67 §-s 2 sätestatud range kohustus avaldada kaitsjale eeluurimisel iga kui viimne tõend.²⁴⁴ Siinkirjutaja arvab, et Eestil oleks palju õppida *ICC* materjali tutvustamise süsteemist. *ICC* kõigutamatu õiglase menetluse austamine on näide *EoA* tagamise võimalustest, mitte vabandustest. Esile toomist väärrib, et *ICC*-s

²⁴¹ *Ibid*, p-d 67 ja 70. *ICC* test kohaldub lahendist nähtuvalt tunnistaja kaitsele, ent siinkirjutaja arvates on tegemist üsna sarnaste kriteeriumitega, nagu nähtub ptk 2.2.4 viidatud *tasakaalustava meetme prop testist*. *ICC* on sarnase loogika alusel lahendanud konflikte, mis tekivad RS art 67 § 2 ning art 54 § 3 p e vahel. Vt *ICC-01/04-01/06 OA 13, The Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo, Situation in the Democratic Republic of the Congo, Judgement on the Appeal of the Prosecutor against the decision of Trial Chamber I, supra* nr 267, p 48. P-s 48 selgitab kohus, et prokuröri konfidentsiaalsus kokkuleppeid tuleb austada ning kui prokuröri informatsiooniallikas ei anna nõusolekut info avaldamiseks, tuleb info mitteavaldamine allutada kohtulikule kontrollile *ex parte* istungil. Kui selgub, et varjamine on põhjendatud, tuleb kasutusele võtta tasakaalustavaid abinõusid.

²⁴² *Ibid*, p 73 a.

²⁴³ A. Cassese, and others. *International Criminal Law: Cases & Comments*, Oxford University Press 2011, Lk 556.

²⁴⁴ K. Ambos, *Confidential Investigations (Article 54(3)(E) ICC Statute) vs. Disclosure Obligations: The Lubanga Case and National Law*, *New Criminal Law Review*, Vol 12 No 4, 2009, Lk 555. - Arvutivõrgus: <http://www.department-ambos.uni-goettingen.de/data/documents/Veroeffentlichungen/epapers/Confidential%20investigations%20543-568.pdf> (11.04.2018).

allutatakse materjali juurdepääsupiirang rangelt kohtulikule kontrollile, kusjuures prokuröri tuleb konsulteerida kohtuga kohe, kui tekib kahtlus tõendite avaldamise võimalikkuses (RS art 67 § 2). Muljet avaldav on *ICC test*, millest nähtub, et isegi materjali tutvustamise võimatuse korral, ei tohi valitud tasakaalustav abinõu mingil juhul rikkuda ausa ja õiglase kohtupidamise nõudeid. *ICC testi* standard on alapeatükis 2.2.3 käsitletud EIKi kriteeriumitega võrreldes kaitseõiguse sõbralikum, kuna EIK ise on eitanud EIÕK art 6 absoluutsust. *ICC*-ga sarnasel seisukohal on EIK menetlustes, milles on kohaldatav EIÕK art 5 lg 4. EIK on vabaduse võtmise kaasustes sõnaselgelt välja öelnud, et kaitselt ei tohi võtta võimalust saada teadlikuks materjali sisust, mille alusel otsustatakse vabaduse võtmine. Seega Nimetatud põhjusel on *ICC test* kahtlemata õiglase menetluse doktriini sõbralikum kui *UK test*.²⁴⁵

Vaadeldud autoriteetidest selgub seegi, et juhul, kui materjali konfidentsiaalsuse tõttu pole võimalik viimast kaitsele avaldada, tuleb prokuröri koostöös kohtuga leida võimalusi õigushüvede tasakaalustamiseks. Kõnealust menetlussubjektide koostööd saaks Eestis piiranguteta soodustada ka eeluurimiskohtunik. *ICC* erikaitsja süsteem tundub autoriteetidest nähtuvalt olevat tõhusam UK omast. *ICC* erikaitsja on kohtu kui sõltumatu ja erapooletu institutsiooni määratud jurist, kes tegutseb ilmselt seega kohtu huvides. Kuivõrd on *ICC* näidanud *EoA* tagamisel üles maksimaalset püüdlust, võib erikaitsjast olla küllaldaselt abi, et leida olukorrale võimalikult kaitseõbralik lahendus. Kõigest sellest on puudu Eesti kriminaalmenetluse kultuuril. Siinkirjutaja soovib võtta õiguste tasakaalustamisel eeskujuks just *ICC* süsteem. *ICC* tasakaalustavad meetmed aitavad kaitsjat märkimisväärselt *kaitsetrepi* läbimisel. Tuleb aga tõdeda, et *ICC* tasakaalustavate meetmete eelduseks on tugeva eeluurimiskohtu instituudi olemasolu, mida ei eksisteeri Eestis. Järelikult nõuaks *ICC* eeskujuks võtmine esmalt KrMS reformimist, pöörates tähelepanu eeskätt eeluurimiskohtu positsiooni parandamisele.

Siinkirjutaja käsitles seni kahte kriminaalmenetluse süsteemi eesmärgiga leida konfliktsete huvide tasakaalustamiseks eeskujusid. Hetkeseisuga on parimaks eeskujuks *ICC* süsteem. Samas on maailmas riike, kus ei peeta materjali avaldamist üldse probleemiks. Riikideks on eesotsas Hispaania ja Poola. Alljärgnevalt nimetatud riikide materjali tutvustamise praktikast.

²⁴⁵ *UK testi* vi. küsimus soosib materjali avaldamist siis, kui menetlus on olnud tervikuna ebaõiglane (vt *R. vs. H and C, supra* nr 234). *ICC testi* iv. kriteerium aga keelab kasutada kasutada konfidentsiaalse materjali kaitsemeetmeid, mis viib ebaõiglase menetluseni (vt ICC-01/04-01/07, *The Prosecutor vs. Germain Kataganda, supra* nr 272).

Hispaanias otsustab kahtlustatava vahistamise prokuröri taotlusel eeluurimiskohtunik.²⁴⁶ Samuti on eeluurimiskohtuniku otsustada materjali tutvustamine kaitsjale. Kaitsjal võimaldatakse kohtu loal tutvuda politsei raportite ja seisukohtadega.²⁴⁷ Kui eeluurimiskohus otsustab istungi kuulutada salajaseks, puudus kaitsjal võimalus kuni 28.10.2015. aastani tutvuda vahistamise aluseks oleva teabega. Prof Dr C. Diez kirjutab, et vana regulatsioon võimaldas eeluurimiskohtunikul hoida tõendeid väga pikka aega (kuni mitme aastani).²⁴⁸ Eeluurimiskohtunik kuulutab istungi salajaseks, kui esineb oht, et võidakse takistada tõe väljaselgitamist (nt hävitades tõendeid). 28.10.2015. kehtima hakkanud seadustiku järgi lubatakse kaitsjal tutvuda kaitsealuse vabaduse piiramise aluseks oleva materjaliga isegi siis, kui kohus on kuulutanud istungi salajaseks.²⁴⁹ Hispaania Konstitutsiooni Kohus 10.03.2017 otsuse järgi rikkusid politsei ja alamastme kohtud kaitsja õigust tutvuda vahistamise aluseks oleva materjaliga. Kohus ei lugenud veenvaks põhjendust, mille järgi varjati materjale seetõttu, et eeluurimisel alles koguti tõendeid.²⁵⁰

Helsingi Inimõiguste SA on raporteerinud Poola asjakohase õiguse arengut järgnevalt. Kuni 28.08.2009 ei võimaldanud Poola kriminaalmenetluse seadustik kaitsjal kohtueelses menetluses tutvuda vahistamise aluseks oleva teabega.²⁵¹ Lahendis *Chruścinski vs. Poola* polnud EIK rahul Poolas kehtinud kriminaalmenetluse seadustiku alusel läbi viidud vahistamismenetlusega tõdedes, et kaitsjale vahistamise aluseks oleva materjali tutvustamata jätmisega rikuti EIÕK art 5 lg 4.²⁵² Poola 16.07.2009 kriminaalseadustiku muudatused võimaldasid prokuröril jätkuvalt keelduda kaitsjale vahistamise aluseks olevast materjali tutvustamisest.²⁵³ PhD W. Jasinski on kirjutanud Poola kriminaalmenetluse seadustiku

²⁴⁶ Asociación Pro Derechos Humanos de España, The practice of Pre-Trial Detention in Spain, Research report, Oct 2015, Lk-d 21. - Arvutivõrgus: https://www.fairtrials.org/wp-content/uploads/18j.-Spain-Country-Report_English.pdf (10.04.2018).

²⁴⁷ *Ibid*, Lk 23.

²⁴⁸ C. G-J Diez and others, The situation in Spain in relation to access to the case file, Corporate Defense, 10.09.2015. - Arvutivõrgus: <https://www.fairtrials.org/wp-content/uploads/Annex-II-ES-statement.pdf> (10.04.2018).

²⁴⁹ Asociación Pro Derechos Humanos de España, *supra* nr 246, Lk 23.

²⁵⁰ STC 13/2017. - Arvutivõrgus: <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/25234> (09.04.2018).

²⁵¹ Statement of Helsinki Foundation for Human Rights, The situation in Poland in relation to access to the case file, Research report, Warsaw 09.10.2015, Lk 2. - Arvutivõrgus: <https://www.fairtrials.org/wp-content/uploads/Annex-III-PL-statement.pdf> (09.04.2018).

²⁵² EIKo 06.02.2008, *Chruścinski vs. Poland*, p-d 57, 59 - 62. Antud kaasuses keeldus prokurör kaitsjale tutvustamast materjali, mis oli vahistamise aluseks. Kaitsel võimaldati tutvuda üksnes vahistamistaotluse, vahistamise pikendamise taotluse ning süüdistusaktiga. Kohus vahistas kahtlustatava prokuröri esitatud materjali alusel. Poola valitsus väitis, et materjali polnud võimalik tutvustada mh sellepärast, et menetlus oli keeruline. Nimelt oli menetlusalune isik kahtlustatav organiseeritud kuritegevuses, mistõttu oli vaja tagada menetluse efektiivsus. Samuti oli toimikus salastatud dokumente. EIK ütles, et dokumendid, mis kaitsele anti, ei võimaldanud vahistamisasjas vastu vaielda prokuröri argumentidele.

²⁵³ Statement of Helsinki Foundation for Human Rights, *supra* nr 251, Lk 3.

01.07.2015. a revolutsioonilistest muudatustest järgmist. Uus regulatsioon kehtestab kohtu võimaluse tugineda kahtlustatava vahistamisel üksnes tõenditele, mille on esitanud prokurör ning on avaldatud kahtlustatavale ja tema kaitsjale. Kui kohus soovib viidata tõendile, mida prokurör ei ole esitanud, võib selline tõend olla ainult kahtlustatava kasuks. Kahtlustatava kasuks rääkiv tõend tuleb avaldada kaitsesele vahistamise arutamisel. Uus regulatsioon välistab kohtu võimaluse tugineda süüstavale materjalile, mida pole esitanud prokurör ja avaldatud kaitsesele.²⁵⁴

Kahtlemata on Hispaania ja Poola praegused lahendused kooskõlas alapeatükis 2.2.3 käsitletud *EoA* doktriini nõuetega, kuna riikide praegune regulatsioon võimaldab läbida *kaitsetrepp*'i. Hispaania ja Poola lahendused demonstreerivad ilmekalt seda, et kaitsjale on võimalik tutvustada vahistamise aluseks olevat materjali sõltumata sellest, millist infot materjal sisaldab või millises menetluses neid kasutatakse. Hispaania ning Poola pole ainsad riigid, kes on otsustanud järgida sama arengutendentsi.²⁵⁵ Siinkirjutaja arvates pakuvad näited piisavat kindlustunnet, et välistada üleliigsed ja paranoilised hirmud²⁵⁶, mis tekivad Eesti ametnikel seoses kaitsjale materjali tutvustamisega. Näiteriikide materjali tutvustamise regulatsioon, mis kehtis enne muudatusi, oli sarnane Eesti omaga. Hädavajalikud miinimumnõuded, mida tuleb Eestil näidetest õppida, on: täieliku kohtuliku järelevalve kehtestamine ka materjali tutvustamisel ning sellise kaitsjale materjali tutvustamise viisi leidmine, mis ei põhjustaks üleliigseid avalike huvide ohustamisega seonduvaid hirme. Praegune kehtiv versioon, mille järgi on prokuröri jätkuvalt väga suur diskretsiooniõigus, pole peatükkidest 1.3.3, 2.2.1 ning 2.2.3 järeldustest nähtuvalt mõistlik lahendus. Kui üks õigusriik tahab jääda õiglast menetlust austavaks riigiks ning soovib vältida mulje jätmist endast kui politseiiriigist, tuleb kahtlustatav end tundma panna kui õigussubjekt. Õigusriik saab viimasest lõigata ainult kasu (vt ptk 2.2.2).

²⁵⁴ PhD W. Jasinski, Polish Criminal Process After the Reform, Helsinki Foundation for Human Rights, Warsaw June 2015, Lk 19. - Arvutivõrgus: http://www.hfhr.pl/wp-content/uploads/2015/07/hfhr_polish_criminal_process_after_the_reform.pdf (09.04.2018).

²⁵⁵ Dr B. Csire, The situation in Hungary in relation to access to the case file, Research report, Budapest 09.10.2015, Lk 3. - Arvutivõrgus: <https://www.fairtrials.org/wp-content/uploads/Annex-IV-HU-statement.pdf> (10.04.2018).

²⁵⁶ Hirme, mis Eesti riigis seoses kaitsjale jälitustegevusega kogunenud materjali tutvustamisega valitsevad, on avatud kirjatöö ptk-des 1.3.1 ja 1.3.3 ning 2.1.2 - 2.1.4. Kokkuvõtlikult väljenduvad hirmud ohus, et kaitsjale jälitustegevusega kogunenud materjali tutvustamine võib: ohustada riigisaladust, mille avalikuks tuleb kahjustab Eesti Vabariigi julgeolekut; kahjustada teise isiku olulisi põhiõigusi; takistada kriminaalmenetluses tõe väljaselgitamist (ohtlik ja mõjuvõimas kahtlustatav võib hakata mõjutama või hävitama tõendeid).

III. DIREKTIIV B NÕUDED KAITSJALE JÄLITUSTEGEVUSEGA KOGUNENUD MATERJALI TUTVUSTAMISEL EESTI KOHTUEELSE MENETLUSE TINGIMUSTES

3.1. Direktiiv B artikkel 7 sisu tõlgendamise lähtekohad

Direktiiv B art 7 interpreteerimiseks on kõige olulisem saada ülevaade Harta ning EIÕK probleemsest vahekorrast.²⁵⁷ A. Klip arvates tuleb alustada EIÕK ja Harta vahelise suhte väljaselgitamiseks viimase art 52 §- st 3, mille järgi on Hartas sisalduvad õigused sama tähenduse ja ulatusega nagu õigused EIÕK-s ning EL saab Harta alusel tagada vaid ulatuslikuma kaitse, kui seda teeb EIÕK.²⁵⁸ Kuna Harta ja EIÕK sätted kaitsevad sama sisuga õigusi järeldub Harta art 52 §- st 3, et EIÕK- st tulenev kaitse on miinimum, mis tuleb tagada EL õiguses.²⁵⁹

Vastates küsimusele, milline on Direktiiv B art 7 täpne sisu Eesti kohtueelses menetluses kaitsjale jälitustegevusega kogutud materjali tutvustamisel, tuleb võtta aluseks nii EIÕK kui ka EIKi tõlgendused artiklite 5 lg 4 ning 6 kohta.²⁶⁰ Tähele tuleb aga panna, et direktiiv kehtestab end *expressis verbis* läbi preambula²⁶¹ p 40 kui miinimumi, millest liikmesriigid võivad kalduda kõrvale üksnes ulatuslikuma kaitse tagamiseks ka situatsioonides, mida ei ole sõnaselgelt kaetud direktiivi sätetega. P 40 teine lause ütleb, et direktiivi alusel antav kaitse ei tohi kunagi langeda alla künnise, mille on pannud paika EIÕK ja EIKi praktika. P 41 seob direktiivi Hartaga, taotledes mh kaitseõiguste ning õigust õiglasele menetlusele edendamist.

²⁵⁷ Eesti õigusteadlastest on Harta ja EIÕK probleemsele vahekorrale tähelepanu pööranud nt PhD A. Soo. Vt A. Soo, *supra* nr 9, Lk 330.

²⁵⁸ A. Klip, *European Criminal Law: an Integrative Approach*, 3 rd ed, Cambridge - Antwerp - Poland, Intersentia 2016, Lk 254.

²⁵⁹ E. Georgiadis, *The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Leuven, Jan 2016, Lk 4. - Arvutivõrgus: https://www.academia.edu/26559912/The_accession_of_the_European_Union_to_the_European_Convention_on_Human_Rights?ends_sutd_reg_path=true (12.04.2018).

²⁶⁰ Vt L. Van Puyenbroeck and G. Vermeulen, *Towards Minimum Procedural Guarantees for The Defence in Criminal Proceedings in the EU*, ICLQ vol 60, Oct 2011, Lk 1021. - Arvutivõrgus: <https://biblio.ugent.be/publication/2058043/file/6768340> (12.04.2018); S. Allegrezza and V. Covolo, *The Directive 2012/13/EU on the Right to Information in Criminal Proceedings: Status Quo or Step Forward*, *European Criminal Procedure law in Service of Protection of the Union Financial Interest: State of Play and Challenges*, Eds. Durdevic, Z., Ivicevic Karas, E. Croatiaoan Association of Criminal Law, 2016, Lk 42. Lk-st 42 nähtub, et Harta art 48 § 2 ning 47 lg- le 2 korrespondeeruvad EIÕK art 5 ja 6 EIÕK- st. Vt lisaks direktiivi preambula p-d 5, 6, 30 ja 32.

²⁶¹ EK on öelnud, et EL õigusakti preamulal ei ole siduvat õigusjõudu ning sellele ei saa tugineda nii selleks, et piirata direktiivi sisulisi sätteid kui ka selleks, et tõlgendada direktiivi sisulisi sätteid vastuoluliselt nende sõnastusega. Vt C-136/04, 24.11.2005, *Deutsches Milchs-Kontor GmbH vs. Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, p 52.

Kuniks EK pole tõlgendanud direktiivi art-t 7, pole mitme õigusautoriteedi arvates artikkel 7 sisu *acte clare*. Tõdemus on tingitud kahest põhjusest. Harta art 52 § 3 jätab EK-le Direktiiv B tõlgendamisel võimaluse jääda, kas *Strasbourg*'i kohtueelses menetluses kehtestatud õiglase menetluse miinimumstandardite juurde või tõusta nendest kõrgemale. Eelmainitust tulenevalt puudub veel selgus, kas direktiivi art 7 lg-s 4 sätestatud piirang kohaldub ka art 7 lg 1 puhul.²⁶² Siiski on nii praktikas kui ka õiguskirjanduses esitatud lahendusi ja seisukohti, millest selgub, et Harta art 52 § 3 tõstab EIKi standardit ning direktiivi art 7 lg 4 ei piira sama artikli lg-s 1 sätestatud õigust.²⁶³

Kuivõrd EK seisukoht veel kõnealuses küsimus puudub, tasub siiski valmistuda ka õiglase menetluse doktriini mitterahuldavaks vastuseks. EK on juba lahendanud käesoleva töö seisukohalt üpris sarnast kaasust. Asjas *ZZ vs. Secretary of State for the Home Department (ZZ)* tuli EK-l vaagida, millistel tingimustel võib isikule riigi julgeoleku kaalutlustel jätta tutvustamata otsuse aluseks olevat materjali.²⁶⁴ Harta art 47 §-st 2 tuleneva õiguse piiramise otsustamiseks, tuleb arvestada järgnevaga (*EK test*). /.../

(A) Harta art 47 §-s 2 sätestatud menetluse võistlevus tähendab menetluspoolte õigust tutvuda kõigi tõendite ja seisukohtadega, mis kohtule esitatud ning mille abil on võimalik kummutada vastaspoole seisukohti ning mõjutada kohtu otsust (p 55):

- i. Kui kohtu otsus põhineb asjaoludel ja dokumentidel, millega vähemalt üks pooltest pole saanud tutvuda või sellise materjali sisu kommenteerida, rikutakse õigust tõhusale õiguskaitsevahendile (p 56).

(B) Harta art 52 § 1 võimaldab piirata hartas sätestatud õigusi, kui piirang on proportsionaalne ning seda lubab piiratava põhiõiguse olemus. Piirang peab olema ka vajalik ning vastama liidu poolt tunnustatud üldist huvi pakkuvatele eesmärkidele (p 51):

- i. Isikule materjali edastamata jätmine võib osutada vajalikuks, kui see sisaldab riigi julgeolekuga seotud ülekaalukaid argumente (p 54);

²⁶² A. Soo, *supra* nr 9, Lk-d 330 ja 345. A. Soo on viidates EK kohtupraktikale järeldanud, et EL kohus on teatud juhtudel viidanud Hartas olevate õiguste tõlgendamiseks EIKi praktikale, kuid on ka neid täpsustanud iseseisvalt, tõstes EIKi standardeid; Legal Experts Advisory Panel Survey Report: Access to the Case File, March 2015, p-d 13 - 16. - Aruvutivõrgus: <https://www.fairtrials.org/wp-content/uploads/Access-to-file-report-FINAL.pdf> (12.04.2018).

²⁶³ Direktiivi art 7 lg- t 1 vastavalt tõlgendades on riigisisesse õigusesse üle võtnud nt Hispaania (Asociación Pro Derechos Humanos de España, *supra* nr 246; STC 13/2017, *supra* nr 250), Poola (Statement of Helsinki Foundation for Human Rights, *supra* nr 251) ja Ungari (Dr B. Csire, *supra* nr 255). Õiguskirjanduses on toetanud kõnealust tõlgendust: S. Allegranza and V. Covolo, *supra* nr 260, Lk 47; Fair Trials, Opinion of Fair Trials on Article 7 of Directive 2012/13/EU and § 34¹ lg 3 of the Estonian Code of Criminal Procedure, Lk 4. - Arvutivõrgus: https://www.fairtrials.org/wp-content/uploads/151012_Opinion_FINAL-2.pdf (12.04.2018).

²⁶⁴ C-300/11 (*ZZ vs. Secretary State for the Home Department*), p-d 26 ja 40. Tegemist oli immigratsiooni kaasusega (haldusasi), milles ei lubatud isikul julgeoleku kaalutlustel siseneda UK-sse. Samuti keelduti talle tutvustamast otsuse aluseks olevaid tõendeid ning võimaldamast vaidlustada julgeoleku argumendil otsust.

- ii. Üksikisiku õiguse piiramisel tuleb arvestada võimalikult suures ulatuses võistleva menetluse põhimõttega. Eelkõige peab isikule võimaldama piisavalt materjali, mis võimaldab enese kaitseks esitada tõhusaid vastuväiteid. Isik, kelle õigusi otsus riivab, peab igal juhul saama teadlikuks otsuse põhjendustest. Riigi julgeoleku huvid ei saa võtta puudutatud isikult tema õigust olla ära kuulatud ja seega muuta kasutuks tema kaebeõigust (p 65).

(C) Harta art 47 § 2 tagatud õiguse tõhusa kohtuliku kontrolli eelduseks on asjasse puutuva isiku võimalus tutvuda tema suhtes tehtud otsuse põhjendustega. Liikmesriigi kohus peab vajadusel nõudma ametiasutuselt välja otsuse põhjendused ning selle aluseks olevad tõendid (p-d 53 ja 59):

- i. kui riik jätab tutvustamata otsuse aluseks oleva materjali (nt julgeoleku kaitsmiseks), on kohtul kohustus kontrollida, kas piiranguga kaitstav huvi eksisteerib ning kas see kaalub üles üksikisiku õiguse (Harta art 47 § 2). Tõendamiskoormis on ametiasutusel, kes tugineb piiramisalusele (p-d 60 - 62);
- ii. kui kohtu arvates isikule materjali tutvustamine ei riiva riigi julgeoleku huve, annab kohus ametiasutusele võimaluse otsuse aluseks oleva materjali tutvustamiseks. Kui ametiasutus seda siiski ei tee, siis kontrollib kohus vastava otsuse õiguspärasust üksnes avaldatud põhjenduste ja tõendite põhjal (p 63);
- iii. Kui materjali tutvustamine kahjustaks riigi julgeolekut, tuleb kohtul asjakohaselt tasakaalustada võistlevaid huve, piirates üksikisiku õigust hädavajaliku miinimumini (p 64);
- iv. kui isikule materjali avaldamine kahjustaks riigi julgeolekut, ohustaks eelkõige isikute elu, tervist, vabadust või paljastaks siseriiklike asutuste kasutatud uurimismeetodeid (oluline avalik huvi), tuleb kohtul hinnata, millise tagajärje võib endaga kaasa tuua vastava sisuga teabe avaldamine. Kui konkureeriv huvi eksisteerib, siis ei saa p 65 kohaldada sama moodi tõenditele, mis sisaldavad olulist avalikku huvi (p-d 66 - 67). /.../

Kuigi EK tõlgendas Harta art 47 §- st 2 sätestatud õigust EL immigratsiooniõiguse kontekstis, pole välistatud, et EK võib vähemalt osaliselt korrata vastavaid põhimõtteid ka direktiivi art 7 tõlgendamisel. Järgnevad aspektid annavad lootust, et EK tõlgendab direktiivi sätet sarnaselt alapeatükis käsitletud õigusautoriteetidega ning tõstab EIKi standardeid. ZZ asjas arutati võistleva menetluse piiramise ulatust EL vaba liikumise kontekstis, mis kahtlemata erineb võistleva menetluse piiramisest vabaduskaotuse (nt vahistamine) kontekstist. Artikkel 7

lg 4 sõnastusest²⁶⁵ ei nähtu, et vastav piirang laieneks ka sama artikli lg- le 1. Vastavat lähenemist toetab ka Direktiiv B preambula p 40, mille järgi on Direktiivis B sialduvad reeglid minimaalsed, mis tuleb tagada isikule. EK viimase aja trend olla juhtiv põhiõiguste edendaja.²⁶⁶ Kuigi *EK test* justkui võimaldaks Direktiiv B art 7 lg- s 1 sätestatud õiguse piiramist tingimusel, et õiguse riive on proportsionaalne, on autori ootused EK-le siiski kõrgemad. Direktiiv kaitseb mh ka kahtlustatava õigust õiglasele menetlusele situatsioonis, milles teda ähvardab vabaduse kaotus. Kuna aga kohtueelses menetluses ei saa isiku süü veel olla kindel, tuleb õiglase menetluse doktriini austada erilise hoolsusega. Selliselt toimides on võimalik ennetada süütu inimese põhjendamatu repressioonist.

Art 7 lg 1 õiguse piiramise kasuks räägib kahtlemata riigi julgeoleku kaitsevajadus. Sellisele järeldusele jõudis autor ka peatükis 2.2.3. Viimast ei väära mitte ükski tõlgendus- ega muu argument, sest nagu selgub ka *ZZ asjast*, tuleb riigi julgeolekut kaitsta selleks, et vältida riigi sisemise rahu tagamiseks vajalike meetmete halvamist. Mõistagi pole riik, kelle sisemise julgeoleku tagamise mehhanismid on mingil põhjusel halvatud, võimeline tagama mitte ühegi isiku põhiõigust.

ZZ lahend tekitab konfliktsete huvide tasakaalustamisel siiski ka kindlustunnet. Kui otsustatakse riigi julgeoleku argumendil jätta kaitsele jälitustegevusega kogunenud materjal tutvustamata, tuleb kohtul *ex officio* teostada põhjalik ning range kohtulik kontroll. Kindlustundeks annab alust järgnev *EK testist* selgub. Esmalt peab pool, kes soovib riigi julgeoleku argumendile tugineda, seda suutma kohtu nõudmisel tõendada. Kohus peab välja nõudma kogu materjali, mis aitab kontrollida pädeva ametiasutuse materjali varjamise põhjustusi. Sõltumatu ja neutraalne õiguskaitseasutus peab järgnevalt veenduma, et eksisteerib tõsine ning ülekaalukas riigi julgeoleku kahjustamise oht. Samuti peab kohus väljaselgitama võimalikud tagajärjed, mis võiksid kaasneda salajase materjali avaldamisega jne. Vastavate aspektide kaalumise aitab autori hinnangul välistada või vähemalt vähendada võimalust, et pädev ametiasutus on pahatahtlikult või ekslikult kasutanud riigi julgeolekut kui argumenti. Asjaolu kindlakstegemine, et pädev ametiasutus on oma volitusi kasutanud ausalt ja õiglase, on autori arvates hüvede tasakaalustamisel üks kõige olulisemaid aspekte (vt peatükk 1.3.2 ja 2.1.1). *EK testi* nõue, mille järgi võib riigi julgeoleku ohu tuvastamise korral piirata menetlust

²⁶⁵ Grammatilist, kontekstilist ning eesmärgipärast on EK pidanud kõige olulisemateks tõlgendusvõteteks. Vt C-403/05 PPU, 23.12.2009, *Jasna Detiček vs. Maurizio Sgueglia*, p 33.

²⁶⁶ A. Soo, *supra* nr 9, Lk 344. A. Klipi arvamus lubab ka siiski loota, et isegi kui direktiivi art 7 lg 4 kohalduv lõikele 1, siis piirang ei tohi kahjustada menetluse õiglust. A. Klip, *supra* nr 258, Lk 269

hädavajaliku miinimuni tagab printsiibis selle, et isiku õigusi ei redutseerita nullini, vaid riik on kohustatud hüvede tasakaalu otsingil leidma lahendusi.

3.2. Artikkel 7 miinimumkriteeriumid

Selgitamaks välja, kas Direktiiv B tõstab *Strasbourg*'i kehtestatud standardeid või üksnes koodifitseerib need, võtab autor esmalt kokku EIKi miinimumstandardid, mis tulenevad EIÕK art- st 5 koostoimes art 6 lg 3 (b). Kokkuvõtlikult tuleb kohtueelses menetluses kaitsjale jälitustegevusega kogunenud materjali tutvustamisel lähtuda järgnevast (*EIK test*).

A. ÜLDREEGEL

A.1. Kohtueelses menetlustes, kus on kõne all kahtlustatava vabaduse piiramine EIÕK art 5 lg 4 tähenduses, tuleb tagada pooltele *EoA* ning õigus võistlevale menetlusele. *EoA* on tagatud, kui kahtlustataval ja tema kaitsjal võimaldatakse tutvuda vabaduse võtmise aluseks olevate oluliste tõenditega (süüstavate, õigustavate või muul viisil soodusavate), mis võimaldavad efektiivselt testida kaitsealuse vahistamise õiguspärasust.

A.2. EIÕK art 5 lg 4 kohaldub menetlustes, mille eesmärgiks on inimese vabaduse piiramine. Sellisteks menetlusteks on:

- (a) vahistamine ja selle pikendamine;
- (b) vahistamise asendamine kautsjoniga; või
- (c) koduarest.²⁶⁷

B. PIIRANGUD

B.1. EIÕK art 5 lg 4 koostoimes art 6 lg- ga 3 (b) pole kohtueelses menetluses absoluutne õigus. Demokraatlikus ühiskonnas võib esineda võistlevaid huve, mis konkureerivad üksikisikule EIÕK-ga tagatud õigustega. Õigust tutvuda olulise kriminaalasja materjaliga võib piirata, kui see on rangelt vajalik oluliste avalike huvide kaitseks. Olulised avalikud huvid on:

- (a) kriminaalmenetluse legitiimsed eesmärgid (ausa ning õiglase tõe väljaselgitamise või õigusemõistmise kaitseks);
- (b) teiste isikute olulised põhiõigused; või
- (c) riigi julgeolek (raske kuriteo (nt terrorismi) efektiivseks ennetamiseks ja tõkestamiseks või vajadus hoida saladuses politsei uurimistaktikat ja - meetodeid).²⁶⁸

²⁶⁷ EIKo (*Garcia Alva vs. Germany*), p 39; EIKo 13.02.2001, *Schöps vs. Germany*, p 44; EIKo 05.06.2009, *Mirilashvili vs. Russia*, p-d 196 - 197, 205, 209; EIKo 07.07.2015, *Veretco vs. The Republic of Moldova*, p-d 57 - 59; EIKo 23.10.2015, *Galambos vs. Hungary*, p-d 19, 31-32, 35 (koduarest).

²⁶⁸ EIKo 04.01.2012, Admissibility Decision of *Gül vs. Germany*; EIKo 10.12.2013, Admissibility Decision of *E. Junior vs. Germany*, p 54; EIKo (*Van Mechelen and others. The Netherlands*), p-d 54, 58; EIKo (*Chachal vs. The*

C. KONKUREERIVATE HUVIDE TASAKAALUSTAMINE

C.1. Isegi, kui esinevad olulised avalikud huvid, pole kõnealuse kaitseõiguse nullini redutseerimine õigustatud. *EoA* ning võistleva menetluse tagamisega tuleb minna nii kaugele, kui võimalik. Olukorras, kus täielik materjali tutvustamine pole võimalik, nõuab EIÕK art 5 lg 4, et vahistatule võimaldatakse selline piisav teave, mis võimaldab tal testida süüdistuste paikapidavust ja anda efektiivseid juhiseid enda esindaja(te)le menetluses. Süüdlasel ning tema advokaadil peab olema reaalne võimalus mõjutada menetluse tulemust.

C.2. Igasugused kaitsele juurdepääsupiirangust tekitatud raskused tuleb piisavalt tasakaalustada. Tasakaalustamine tähendab, et sõltumatu ja erapooletu kohus rakendab konfliktsete hüvede balanseerimisel efektiivseid menetlusgarantiisid, et lähendada kaitsepoolt *EoA*-le. Kohtu valitud meede on piisav ning efektiivselt tasakaalustav, kui see juhindub konkreetse üksikjuhtumi eripärast.²⁶⁹

3.2.1. Üldreegel

Kui inimene on *vahistatud või kinnipeetud*, tagavad liikmesriigid, et nende pädevad ametiasutused, tagavad mh kohtueelses menetluses, *vahistatud või kinnipeetud isikule ja tema kaitsjale* juurdepääsu ametiasutuse valduses olevatele konkreetse kriminaalasja dokumentidele, mis on *olulised, et efektiivselt testida vahistamise või kinnipidamise õiguspärasust* (Direktiiv B art 7 lg 1). *EIKi testi* järgi tuleb kohtueelses menetlustes, kus on kõne all kahtlustatava vabaduse piiramine EIÕK art 5 lg 4 tähenduses (vahistamine, selle pikendamine või asendamine kautsjoniga või koduarest), tagada pooltele *EoA* ning õigus võistlevale menetlusele. *EoA* on tagatud, kui kahtlustataval ja tema kaitsjal võimaldatakse tutvuda vabaduse võtmise aluseks olevate oluliste tõenditega (süstavate, õigustavate või muul viisil soodusavate), mis võimaldavad efektiivselt testida kaitsealuse vahistamise õiguspärasust.

Esimene analüüsi objekt seondub küsimusega, millist tõendit tuleb kahtlustatavale või tema kaitsjale tutvustada. Nii Direktiiv B kui ka *EIK testi* sõnastused kasutavad tähistust *olulised tõendid*. Direktiivi preambula p- st 31 selgub, et *olulised tõendid* on kas kahtlustatava kasuks või vastu olevad tõendid, mis on kriminaalmenetluse toimetamiseks pädeva riigiasutuse

United Kingdom), p-d 131, 133; EIKo (*A. and others vs. The United Kingdom*), p-d 202 - 203, 209, 210; EIKo (*Sher and others vs. The United Kingdom*), p-d 149 - 150, 153 - 155.

²⁶⁹ EIKo (*A. and others vs. The United Kingdom*), p-d 218 - 220; EIKo (*Mikelsons vs. Latvia*), p 80; EIKo (*Asani vs. The Former Yugoslav Republic of Macedonia*), p 33; EIKo (*Doorson vs. The Netherlands*), p 72; EIKo (*Shishkov vs. Bulgaria*), p 85; EIKo (*De Wilde, Ooms and Versyp vs. Belgium*), p 42; EIKo (*Rowe and Davis vs. The United Kingdom*), p 62; EIKo (*Albrechtas vs. Lithuania*), p-d 74 - 75, 81.

valduses, hõlmates seega dokumente ja asjakohaseid foto-, heli-, ning videotalletusi. Direktiiv järgi võib pädev riigiasutus kooskõlas riigisisese õigusega *olulisi tõendeid* hoida kriminaaltoimikus (*case file*) või muul asjakohasel viisil kooskõlas riigisisese õigusega. Direktiivi tähistus *olulised tõendid* on seega täpsem võrreldes *EIK testi* määratlusega. Täpsem tõlgendus tagab direktiivi eesmärgi parema täitmise (preambul p 42). Kõnealust seisukohta toetab ka käsitletud *EK test*, millest nähtuvalt tähendab võistlev menetlus poolte võimalust tutvuda kõikide tõendite ja seisukohtadega, mille abil on võimalik kummutada vastaspoole seisukohti. Järelikult saab tõdeda, et direktiiv tõstab *EIKi testi* standardit, sest avab täpsemalt mõiste *olulised tõendid* (preambul p 40).

Järgnevalt menetlustest, milles on kohaldatav Direktiiv B art 7 lg 1. Direktiiv kasutab tähistust vahistamine või kinnipidamine. *EIK test* räägib menetlustest, mis on EIÕK art 5 lg 4 mõttes vabaduskaotust arutavad kriminaalasjad. EIK on art 5 lg 4 kohaldamisalasse langevateks menetlusteks lugenud vahistamise, vahistamise pikendamise, vahistamise asendamise kautsjoniga ning koduaresti. Kuivõrd tuleb Direktiiv B preambuli p 42 järgi tõlgendada art 7 lg- t 1 kooskõlas EIÕK ning EIK praktikaga ning arvestades, et Direktiivis B sätestatud õigused on minimaalsed, mis tuleb isikule tagada, tuleb menetlusi, milles tuleb isikule üldreeglina tutvustada olulisi tõendeid, sisustada läbi EIÕK art 5 lg 4.

Järelikult tuleb Direktiiv B art 7 lg 1 mõista järgmiselt. Kui isikult on võetud mh kohtueelses menetluses vabadus EIÕK art 5 lg 4 tähenduses, tagavad liikmesriikide pädevad ametiasutused sellisele isikule ja tema kaitsjale juurdepääsu konkreetses kriminaalasjas olulistele tõenditele (dokumendid, asjakohased foto-, heli-, ning videotalletused), mis on vastava ametiasutuse valduses ning mis võimaldavad efektiivselt testida vabadust piirava meetme õiguspärasust.

3.2.2. Piirangud

Direktiivi järgi võib piirata kahtlustatava ja kaitsja juurdepääsu *olulistele kriminaalasja materjalile* juhul, kui see võib viia *tõsise ohuni inimelule* või *teise isiku põhiõigusele* või on *rangelt vajalik oluliste avalike huvide kaitseks*. Oluliste avalike huvide kaitse all peab direktiiv silmas käimasoleva uurimise kahjustamise vältimist või *kriminaalmenetlust toimetava riigi julgeolekut* (art 7 lg-d 2 ja 4). *EIKi testi järgi võib* õigust tutvuda olulise kriminaalasja materjaliga piirata oluliste avalike huvide kaitseks. Olulised avalikud huvid on: (a) kriminaalmenetluse legitiimsed eesmärgid (ausa ning õiglase tõe väljaselgitamise või õigusemõistmise kaitseks); (b) teiste isikute olulised põhiõigused; või riigi julgeolek (raske

kuriteo (nt terrorismi) efektiivseks ennetamiseks ja tõkestamiseks või vajadus hoida saladuses politsei uurimistaktikat ja - meetodeid).

Piiramisalus *teise isiku oluline põhiõigus* on hõlmatud nii *EIK testi* kui ka Direktiiv B-ga. Direktiiv B sõnastusest ei selgu, millised on need *olulised põhiõigused*, millal on juurdepääsupiirangu kohaldamine põhjendatud. Viimast ei ava *EIKi test* ega direktiiv ise. Direktiivi art 7 lg- t 4 lugedes saab järeldada, et üheks oluliseks kaitstavaks põhiõiguseks tuleb lugeda vähemalt inimelu. *Inimelu* on teatavasti vaid üks *olulistest põhiõigustest*. Siinkirjutaja on veendumusel, et kindlasti ei saa igasuguseid põhiõigusi pidada antud sätte mõttes oluliseks, sest vastasel juhul saaks peaaegu igas olukorras piirata kõneaines olevat kaitseõigust. Ilmselt tähendab väljend *oluline eeskätt* seda, et kaitstav põhiõigus peab olema kaalukam kui kahtlustatava õigus ausale ning õiglasele menetlusele vabaduse piiramise menetluses. Mõiste sisustamisel on abiks *EK test*, millest nähtuvalt peab juurdepääsupiirang olema proportsionaalne ning arvestama põhiõiguste olemusi. *EK test* pakub välja, et oluliste tõendite tutvustamine ei tohi ohustada eelkõige inimese elu, tervist ja vabadust. Siinkirjutaja arvates peakski *oluliste põhiõiguste* kataloog vastavale tasemele jääma, eelistades seega kitsendavat tõlgendamist, nagu näeb ette Direktiiv B preambul p 32.

Seega tuleks direktiivis olevat piiramisalust *teise isiku olulised põhiõigused* sisustada kitsendavalt *EK testi* abil, hõlmates seega eelkõige *teise isiku elu, tervist ja vabadust*.

Mis puudutab kõneaines oleva kaitseõiguse piiramist art 7 lg 4 alusel on see mh õigustatud, kui see on *rangelt vajalik oluliste avalike huvide kaitseks*. Määratlust *rangelt vajalik* kasutab ka *EIKi test*. Direktiivi preambul p- st 32 saab järeldada, et tähistus *rangelt vajalik* viitab kitsendavale tõlgendamisele. Siinkohal ei anna palju juurde ka *EK test*. Viimane ütleb sisuliselt, et juurdepääsupiiranguga kaitstava ühe reaalse kahjustamise oht peab olema tõendatud. Lisaks lähtub *EK test* ka nõudest, et piirang peab olema vajalik ja proportsionaalne.

Seega järeldub, et tähistust *rangelt vajalik* tuleb tõlgendada kitsendavalt. Olulise avaliku huvi kahjustamise oht peab olema reaalne ning tõendatud.

Direktiiv jätab ebaselgeks küsimuse, mida mõeldakse piiramisaluse *käimasoleva uurimise kahjustamise* all. On selge, et Direktiivi art 7 lg- ga 4 soovitakse kaitsta *olulisi avalikke huve*. Sellest juhinduvalt ei kaitse direktiiv igasuguse *käimasoleva uurimise kahjustamise* eest, vaid üksnes *käimasoleva uurimise olulise kahjustamise* eest. Seda toetab ka direktiivi preambula punkt, mille järgi tuleb piiramisaluseid tõlgendada kitsendavalt (preambul p 32). *EIKi testi* standard on siinkohal täpsem ja selgem, sest mainib, et juurdepääsupiirangu kehtestamine *olulisele kriminaalasja materjalile* on õigustatud *kriminaalmenetluse legitiimsete eesmärkide* kaitseks. Nähtavasti selgitab EIK sedagi, et vastavateks legitiimseteks eesmärkideks loetakse

tõe väljaselgitamist ning õiguspärasust ausa ning õiglase menetluse tingimustes. Ausa ning õiglase menetluse tagamine on üks Direktiiv B kõige olulisematest eesmärkidest (preambul p-d 6, 14, 32 ning 41). Kuivõrd peab direktiivi tõlgendama vähemalt kooskõlas EIÕK art 5 ja 6 miinimumstandarditega, tuleb siinkohal sisustada direktiivi tähistus *kahjustada käimasolevat uurimist EIK testi* tähistusega *kriminaalmenetluse legitiimsete eesmärkide kindlustamiseks*. Vastav tõlgendus aitab paremini saavutada direktiivi preambula p-des 41 ja 42 taotletud eesmärke. Kõnealust tõlgendust toetab ka Direktiiv B eesmärk, mille järgi tuleb tõlgendada piiramisalust võimalikult kitsalt ning kooskõlas EIÕK- st ning EIK praktikast tuleneva õiglase menetluse põhimõttega. EK on lubanud EL teisase õiguse preambulat kasutada tõlgendamisel selliselt, et see ei lähe vastuollu direktiivi sõnastusega. Siinkirjutaja tõlgendus sõnastusega vastuollu ei lähe ning aitab saavutada paremini direktiivi eesmärki kaitseõiguse tagamisel, tõlgendades piiramisalust kitsendavalt.

Järelikult tuleb direktiivi art 7 lg-s 4 sätestatud piiramist alust *kriminaalmenetluse oluline kahjustamine* mõista selliselt, et kaitsele võib jätta avaldamata vabaduse võtmise õiguspärasuse testmiseks *olulised tõendid* juhul, kui see on rangelt vajalik (kahjustamise oht peab olema reaalne ning tõendatud) olulise avaliku huvi, sh *kriminaalmenetluse legitiimsete eesmärkide* (tõe väljaselgitamist ning ausat ja õiglast õiguspärasust) kaitseks.

Nii direktiiv kui ka *EIKi test* tähistavad *olulist avalikku huvi* selliselt, et see hõlmab mh *riigi julgeoleku kaitset*. Erinevalt direktiivist täpsustab *EIKi test* vastavat mõistet, hõlmates ka politsei uurimistaktikat ja - meetodeid. Oht, mille järgi materjali avaldamine kahjustab riigi julgeolekut, peab *EK testi* järgi olema reaalne ning ülekaalukas menetlusosalise piiratava õiguse suhtes. ZZ lahendi sõnastus ei toeta seega direktiivi art 7 lg 4 piiramisaluse sõnastust (*/.../ in cases where access could /.../ seriously harm the national security /.../*), sest *EK testis* nenditu on täpsem ja tõlgendab juurdepääsu piirangulust kitsamalt. Saavutamaks direktiivi preambulas taotletud piiramisaluste kitsat tõlgendust, tuleb seega siinkirjutaja arvates tõlgendada art 7 lg-ga 4 kehtestatud piiramisalust kooskõlas *EK* ja *EIK testiga*. Käsitatud EK praktika kohaselt on preambula kasutamine selliselt lubatud, sest see ei piira direktiivi sätte sõnastust ega lähe sellega vastuollu, vaid teeb direktiivi sätte mõtet täpsemaks ning aitab paremini saavutada direktiiviga tagatud kaitseõigust.

EIKi test mahutab riigi julgeoleku kaitsekategooriasse ka tõsised rahvuslikku julgeolekut ohustavad kuriteod nagu terrorism. Direktiiv B ei kehtesta sellist iseseisvat piiramisalust. Samuti ei tee seda tegelikkuses ka EK ZZ asjas (vt otsuse p 66). Vastavas punktis ütleb EK, et juurdepääsu piirang on õigustatud riigi julgeoleku kaalutlusel siis, kui selliste tõendite avaldamine halvaks realselt õiguskaitseorganite töövahendid kuriteo tõkestamisel ja

avastamisel. Järelikult on EK sidunud riigi julgeoleku kaitsevajaduse sisuliselt riigisaladuse temaatikaga ning mitte raskete kuritegudega. Sellist lahendust toetavad ka siinkirjutaja peatükis 2.2.2 esitatud järeldused. Kuigi ICC menetleb veel raskemaid kuritegusid (genotsiid, inimsusvastased, sõja ja agressiooni kuriteod) võrreldes terrorismiga, pole viimane siiski siinkirjutajale teadaolevalt ning peatükist 2.2.4 nähtuvalt õigustanud *EoA* piiramist raske kuriteoga. Seega saab järeldada, et raske kuritegu ei õigusta ennast iseseisva võistleva menetluse piiramisalusena.

Seega saab kaitsele jätta *olulise kriminaalasja materjali* tutvustamata mh juhul, kui sellega kaasneb *tõsine oht riigi julgeolekule, mis on piiratava kaitseõiguse suhtes ülekaalukas*. Riigi julgeoleku all tuleks mõista nt politsei uurimistaktikat ja - vahendeid, sest *EK testi* järgi peab kõneaines olev teave olema ka selline, et selle avalikuks tulek halvab riigi õiguskaitseorganite ülesannete täitmist, olles seetõttu ülekaalukaks ohuks riigi julgeolekule.

3.2.3. Piirangu kohaldatavus üldreeglile

Analüüsimaaks Direktiiv B art 7 lg-s 4 sätestatud piiramisaluselainemist sama sätte lg- le 1 kasutab siinkirjutaja järgnevaid tõlgendusvõtteid. Nendeks on EK poolt tunnustatud kõige olulisemad tõlgendamismeetodid: grammatiline, kontekstiline ning eesmärgipärane tõlgendamine (vt peatükk 3.1). Lisaks toetub siinkirjutaja ka *EK testis* nõuetele, mille järgi peab olema juurdepääsupiirang vajalik, proportsionaalne ning arvestama põhiõiguste olemustega.

Siinkirjutaja arvates on Direktiiv B art 7 lg 1 ja lg 4 vaheline suhe selge. Vasavat arusaama toetavad Direktiiv B art 7 lg 1 grammatiline ja eesmärgipärane (vt preambuli p-d 41 ja 42) tõlgendamine. Direktiiv B art 7 lg 4 sõnastus ütleb selgelt, et see piirab sama sätte lg-s 2 ja 3 sätestatud õigust, mitte aga lg-s 1 sätestatud. Art 7 lg 4 lainemist sama sätte lg- le 1 ei toeta ka põhjus, et Direktiiv B preambul p 40 ütleb *expressis verbis*, et direktiiv kehtestab miinimumreeglid, millest võib kalduda kõrvale üksnes kõrgema kaitse kasuks. Eelõeldu tähendab siinkirjutaja arvates, et EIÕK ja EIKi praktika ei saa seega iseseisvalt moondada art 7 lg 1 sõnastust ega eesmärki selliselt, et see võimaldab analüüsitud juhtudel piirata vastavat kaitseõigust. EK on preambula kasutamise kohta EL õiguse tõlgendamisel öelnud, et seda pole võimalik kasutada selliselt, et see läheb vastuollu direktiivis sisalduvate sätete sõnastusega. Järelikult pole võimalik Direktiiv B preambula p 32 kasutada art 7 lg 1 tõlgendamisel selliselt, et sellele laieneks sama sätte lg- st 4 tulenev piirang. Vastasel juhul mindaks selgelt vastuollu sellega, mida EK on pidanud kõige tähtsamateks liidu õiguse tõlgendamise võteteks. Esitatud

seisukohti toetavad ka Direktiiv B preambula eesmärgid, millest nähtuvalt soovitakse Direktiiviga edendada õigust vabadusele, õiglasele menetlusele ning kaitseõigustele (p 41).

Kahtlemata pole siinkohal võimalik piirduda klassikaliste õigusakti interpreteerimisvõtetega. Tulenevalt õiguslikust aspektist, et EL õiguse tõlgendamise pädevus on EK-l, peab kahtlemata arvestama ka asjassepuutuvate hüvede olemusega, piirangu vajalikkuse ning proportsionaalsusega (vt EK lahend ZZ p 51).

Direktiiv B art 7 lg 4 eesmärgiks on kaitsta isikute olulisi põhiõigusi (eelkõige elu, tervist ja vabadust) ning olulisi avalikke huve (kriminaalmenetluse legitiimseid eesmärke ning riigi julgeolekut). Selleks, et piirata kahtlustatava ja tema kaitsja art 7 lg-s 1 sätestatud õigust, peab EK loogika kohaselt art 7 lg-s 4 sätestatud hüved kaaluma üles represseritava isiku õiguse ausale ja õiglasele menetlusele. ZZ lahend annab tegelikkuses küsimusele vastuse. EK pidas lahendist nähtuvalt isiku õigust ausale ja võistlevale menetlusele vähem olulisemaks kui õigusi, mida kaitseb art 7 lg 4. Samas pole EK ZZ asjat nähtuvalt öelnud, et võistlevate huvide esinemine nulliks kõneaines oleva kaitseõiguse. Sama loogika nähtub ka *EIKi testist*. Järelikult annab ZZ lahend välja tõdemuse, mille järgi piirang laieneb art 7 lg-s 1 sätestatud õigusele.

Siinkirjutaja arvates on EK lähenemine mõistlik. Kui konkreerivad huvid eksisteerivad realselt, siis ei saa art 7 lg 1 tagatud õigus olla absoluutne. Autor jõudis sisuliselt vastavale järeldusele ka peatükis 2.1.3, milles nentis riigi julgeoleku kaitsevajaduse möödapääsmatust. Olukord on sisuliselt sama ka teiste piiramisaluste puhul. Õigusriigil pole võimalik endale kriminaalmenetluse toimetamisel lubada täiendavate õigushüvede ohustamist, mille kaitsmiseks kriminaalmenetlus *per se* on kutsutud ellu. Kriminaalmenetluse eesmärk on nii üksikisikute põhiõiguste kaitse kui ka menetluse enda oluliste eesmärkide kaitse, et oleks võimalik tõhusalt avastada, menetleda ning tõkestada kuritegusid, tuues kurijategid lõppastmes kohtu ette. Kui liikmesriikidel võetakse võimalus selliseid väärtusi kaitsta, siis muutuks oluliste õigushüvede kaitsmine kriminaalmenetluse näol väga raskeks, kui mitte lausa mõttetuks. Seega on autori arvates õigustatud, et Direktiivis B art 7 lg-s 4 sätestatud piirang laieneb sama sätte lg-s 1 kehtestatud õigusele.

3.2.4. Piirangu tasakaalustamine

Kuigi selgus, et Direktiiv B art 7 lg-s 1 sätestatud õigus on siiski piiratud, tuleb ausa ning õiglase menetlusdoktriini eesmärkide realiseerimiseks suhtuda täie tõsidusega konfliktsete hüvede tasakaalustamisse. Kohtueelses menetluses pole isiku süü veel kindel. Austada tuleb süütuse presumptsiooni. Ametnike võimalikke eksimusi ning kuritarvitusi tuleb vähendada ja

võimalusel välistada. Kohus peab tulema isikule appi, et tagada kindlus selles, et isiku vabadust piiratakse ausalt ja õiglaselt.

Art 7 lg 4 nõuab mh, et otsus, millega piiratakse kaitsja juurdepääsu olulisele kriminaalasja materjalile, tuleb allutada kohtulikule kontrollile. Austamaks EK tõlgendamisreegleid, tuleb sätte mõistmiseks heita ka pilk preambula p-le 32, mis paneb järelevalvet teostavale kohtule kohustuse kaaluda konfliktsete hüvede vahekorda (õigus tutvuda olulise kriminaalasja materjaliga vs teise isiku olulised põhiõigused või oluline avalik huvi). Piiramisalust tuleb tõlgendada kitsalt. *EIKi testi* standard esitab nõude, mille järgi lasub riigisisisel kohtul konfliktsete huvide tasakaalustamise kohustus. Sõltumatul ja neutraalsel õiguskaitseasutusel tuleb rakendada selleks efektiivseid menetlusgarantiisid. Tasakaalustavad menetlusgarantiid peavad olema tõhusad ja lähtuma konkreetse üksikjuhtumi eripärast, võimaldades minna *EoA* tagamisega nii kaugele kui võimalik.

Erinevalt *EIKi testist* ei kehtesta Direktiiv B ühtegi tasakaalustamise reeglit. Direktiiv näeb sarnaselt *EIKi testiga* ette ainult kohtu kohustuse kontrollida juurdepääsupiirangu otsuse põhjendust. Eelõeldu ei tähenda veel siiski võimalust kohaldada *Strasbourg*'i miinimumstandardeid, kuna EK ZZ lahendist võivad tulla kõrgendatud nõudmised. Kuigi *EK test* sündis immigratsiooniõiguse juhtumist, on kohtu poolt välja töötatud tasakaalustamise kriteeriumid kahtlemata abiks kaasustes, milles kohaldub direktiivi art 7 lg 4. Silmas tuleb pidada, et *EK testi* kriteeriume on võimalik kohaldada üksnes osas, milles see arvestab direktiivi eesmärkide ja mõttega. Kuna EL õiguse tõlgendamise pädevus on vaid EK-l, tuleb kõneaines olevas osas täita direktiivi sisu *EK testi* üksikasjalike juhtnõõridega, mis tulevad eelkõige *EK testi* B ja C osadest (vt alapeatükk 3.1). *EK ning EIKi testid* on konfliktsete hüvede tasakaalustamise kriteeriumite osas sarnased. Mõlemad testid võtavad arvesse konkreetse üksikjuhtumi eripärasid. *EK test* nõuab aga täpsustavalt, et tasakaalustamisel tuleb arvesse võtta piiratava põhiõiguse olemust, piirangu vajalikkust ning proportsionaalsust. Lisaks peab piirang arvestama EL poolt tunnustatud üldist huvi pakkuvate eesmärkidega. *EK test* näeb ette üksikasjalikud juhtnõõrid, millega tuleb arvestada konfliktsete huvide tasakaalustamisel. Nii tuleb menetlust toimetaval kohtul nõuda juurdepääsupiirangu õigustatuse hindamiseks pädevalt ametiasutuselt välja kõik otsuse aluseks olevad dokumendid ja tõendid. *EK testi* tagab võrreldes *EIKi testiga* parema kaitse ka põhjusel (võrdle *EK* ja *EIKi teste*), mille järgi lasub pädeval ametiasutusel, kes soovib tugineda piiramisalusele, tõendamiskoormis. Juhul, kui kohus tuvastab, et materjali varjamine kaitse eest pole põhjendatud, siis näeb *EK test* erinevalt *EIKi* omast ette, et kohus kontrollib sellise seisukoha põhjendatust üksnes avaldatud tõendusmaterjali alusel. Järelikult direktiivitõstab EK tõlgenduse abil *EIKi* standardeid.

3.3. Artikkel 7 kohaldamine Eesti kohtueelses menetluses

Vastates küsimusele, kuidas tuleb mõista direktiivi art-t 7 Eesti kohtueelse menetluse kaasustes, kus kõne all on kaitsele jälitustegevusega kogunenud materjali tutvustamine, tuleb lähtuda eelmise alapeatüki tulemustest. Eelmisest alapeatükist selgus, et Direktiiv B tõstab EIKi standardeid aspektides, mis puudutavad piiramisaluste täpset ja rangelt kitsendavat tõlgendamist. Samuti nõab kõnealune EL õigusinstrument suuremat hoolsust tasakaalustavate abinõude rakendamisel võrreldes *EIKi testiga*. Selgus ka tõsiasi, mille järgi on art 7 lg-s 1 sätestatud õigus piiratud. Seega tuleb artikkel 7 kohaldamisel tuleb juhendada järgnevat (*Artikkel 7 test*). Juhul, kui riigisisese ja Artikkel 7 testi vahel ilmneb selgeid vastuolusid, siis tuleb vastuollu minev osa riigisisest õigusest jätta EL õiguse ülimuslikkuse põhimõtte ja vahetu õiguspärasuse tõttu kohaldamata.²⁷⁰ Selline kohustus on adresseeritav prokuratuurile ja kohtutele. Sellisele kohustusele korrespondeerub kaitsepoole õigus nõuda riigivõimult Direktiivi vahetat kohaldamist osas, milles see on riigisisese õigusega vastuolus.

A. ÜLDREEGEL (Direktiiv B art 7 lg 1 ja 2).

A.1. Kui isikult on võetud mh kohtueelses menetluses vabadus EIÕK art 5 lg 4 tähenduses, tagavad liikmesriikide pädevad ametiasutused sellisele isikule ja tema kaitsjale juurdepääsu konkreetses kriminaalasjas olulistele tõenditele, mis on vastava ametiasutuse valduses ning mis võimaldavad efektiivselt testida vabadust piirava meetme õiguspärasust.

A.1.1. Olulisteks tõenditeks tuleb Direktiiv art 7 lg 1 pidada tõendeid, mis on mh kahtlustatavat süüstavad ja õigustavad, hõlmates seega konkreetse kriminaalasja dokumente, foto-, heli-, ning videotalletusi. Olulistele tõenditele juurdepääs on vajalik ausa ning õiglase menetluse ning kaitse ettevalmistamise tagamiseks.

A.1.2. Vabadust piiravateks menetlusteks, milles tuleb mh kahtlustatavale ja tema kaitsjale tagada õiglase menetluse ning kaitse ettevalmistuseks olulised tõendeid, tuleb EIÕK art 5 lg 4 mõttes lugeda: vahistamist, vahistamise pikendamist, vahistamise asendamist kautsjoniga ja koduaresti.

B. ÜLDREEGLI PIIRANG (Direktiiv B art 7 lg 4)

B.1. Kahtlustatava ja kaitsja juurdepääsu võib piirata vabadust piirava meetme õiguspärasuse hindamiseks olulistele tõenditele, kui:

²⁷⁰ Vt A. Klip, *supra* nr 258, Lk 169. A. Klip kirjutab EL õiguse ülimuslikkusest järgnevat. Üldreegli järgi on kasulik tõlgendada riigisisest õigust kooskõlas EL õigusega. Juhul, kui riigisisene õigus ütleb selgelt midagi teistsugust kui EL õigust, tuleb viimasega vastuolus olev riigisisene norm kõrvale jätta (st on vastuolus direktiivi sättega). Sellises olukorras on direktiivil vahetu õiguspärasuse ning üksikisik saab tugineda otse direktiivile.

- (a) juurdepääsu tagamine ohustab teise isiku olulisi põhiõigusi (eelkõige elu, tervist ja vabadust); või
- (b) kui see on rangelt vajalik oluliste avalike huvide kaitseks, ning juurdepääsu piiramine olulistele tõenditele hoiab ära:
- käimasoleva kriminaalmenetluse legitiimsete eesmärkide (tõe väljaselgitamise ning ausa ja õiglase õigusmõistmise) kahjustamise; või
 - tõsise ohu riigi julgeolekule (politsei uurimistaktika ja - meetodid, s.o riigisaladus), mis on piiratava kaitseõiguse suhtes ülekaalukas.

B.2. Piiramisaluseid tuleb tõlgendada kitsendavalt ning kooskõlas õiglase menetluse doktriini nõuetega (preambul p 32). Võistleva menetluse ja EoA tagamisega tuleb minna nii kaugele kui võimalik. Arvesse tuleb võtta piirava meetme vajalikkust, proportsionaalsust ning piiratava põhiõiguse olemust (Harta art 47 § 2). Piirang peab olema kooskõlas EL tunnustatud üldist huvi pakkuvate eesmärkidega.

C. KAITSELE PIIRANGUST TULENENUD RASKUSTE TASAKAALUSTAMINE

C.1. Pädeva ametiasutuse otsus, millega piiratakse art 7 lg 4 alusel kaitse juurdepääsu õiglase menetluse ja efektiivse kaitse ettevalmistamise seisukohalt olulistele tõenditele, tuleb allutada kohtulikule kontrollile. Kohtuliku kontrolli raames peab liikmesriigi kohus rakendama tõhusaid abinõusid, mis võtavad arvesse iga üksikjuhtumi eripära.

C.1.1. Veendumaks, et pädev ametiasutus on piiranud art 7 lg-tega 1 ja 2 tagatud õigust kooskõlas art 7 lg-ga 4, tuleb kohtul välja nõuda kõik tõendid, mis võimaldavad hinnata pädeva ametiasutuse juurdepääsupiirangu otsustuse õiguspärasust.

C.1.2. Kohtus kontrollib, kas eksisteerib p-s B.1 mainitud huvi ning kas see kaalub üles vastava kaitseõiguse. Tõendamiskoormis on pädeval ametiasutusel, kes tugineb piiramisalusele. Kaitseõiguse piiramisel tuleb kohtul arvestada p- s B.2 sätestatud põhimõtteid.

C.1.3. Kui kohtu arvates oluliste tõendite tutvustamine Direktiiv B art 7 lg-ga 4 kaitstud huve, annab ta ametiasutusele, kelle valduses on olulised tõendid Direktiiv B art 7 lg 2 tähenduses, võimaluse vastavate tõendite tutvustamiseks. Kui ametiasutus seda siiski ei tee, kontrollib kohus vastava otsuse õiguspärasust üksnes avaldatud põhjenduste ja tõendite põhjal.

C.1.4. Kui Direktiiv B art 7 lg 2 nimetatud tõendite tutvustamine ohustab art 7 lg-ga 4 kaitstud huve, tuleb kohtul asjakohaselt tasakaalustada võistlevaid huve, piirates üksikisiku õigust hädavajaliku miinimumini. Seejuures peab kohus hindama, millise tagajärje võib endaga kaasa tuua Direktiiv B art 7 lg-s 2 sätestatud tõendite avaldamine.

3.3.1. Üldreegel

Riigisisese õiguse järgi on kahtlustataval õigus taotleda juurdepääsu *tõenditele*, mis on *olulised tema vastu esitatud kahtlustuse sisu täpsustamiseks*, kui see on vajalik õiglase menetluse ja kaitse ettevalmistamise tagamiseks (KrMS § 34¹ lg 1). Kahtlustataval ning tema kaitsjal on õigus taotleda juurdepääsu ka *vahistamise arutamiseks* ning selle *vaidlustamiseks kohtus olulistele tõenditele* (KrMS § 34¹ lg 2). *Artikkel 7 testi* üldreegli järgi tuleb pädeval ametiasutusel isikule, kellelt on mh kohtueelses menetluses võetud vabadus EIÕK art 5 lg 4 mõttes (vahistamist, vahistamise pikendamist, vahistamise asendamist kautsjoniga ja koduaresti) ning tema kaitsjale, tagada juurdepääs konkreetses kriminaalasjas olulistele tõenditele (süüstavale ja õigustavatele, milleks mh asjakohased dokumendid, foto-, heli-, ning videotalletused), mis on vajalikud ausa ning õiglase menetluse tagamiseks ja kaitse ettevalmistamiseks, võimaldades seega efektiivselt testida vabadust piirava meetme õiguspärasust.

KrMSi tähistus *kahtlustuse sisu täpsustamiseks olulised tõendid*, on kooskõlas *Artikkel 7 testiga* juhul, kui seda ei tõlgendata kitsalt KrMS § 63 lg 1 valguses, vaid koostoimes KrMS § 211 lg-ga 2. Mis puudutab jälitustegevusega kogunenud materjali, peab riigisisene õigus hõlmama *Artikkel 7 testiga* kooskõla saavutamiseks kogu *kaitsetrepi* läbimiseks vajalikku materjali, et testida lõppastmes kohaldatava tõkendi õiguspärasust. Seetõttu peab mõiste *olulised tõendid* hõlmama ka materjali, mille abil on võimalik testida tõendi õiguspärasust, usaldusväarsust ning kvaliteeti.

Järelikult tuleb väljendit *kahtlustuse sisu täpsustamiseks olulised tõendid* tõlgendada selliselt, et see hõlmab jälitusloa taotlust, prokuröri või kohtu jälitusluba, jälitustoimingu tehnilist teabetalletust ning jälitusprotokollit. Kõnealune tõlgendus on *EoA* põhimõtte tagamise ning *kaitsetrepi* läbimise seisukohalt oluline eeldus.

Artikkel 7 test arvestab läbi direktiivi eesmärgipärase tõlgendamise ka olukorraga, mille järgi võidakse sõltuvalt asjaoludest hoida jälitustegevusega kogunenud materjali nii kriminaal- kui ka jälitustoimikus (preambul p 31). Riigisisene õigus näeb ette, et kui prokurör hakkab taotlema tõkendit, tuleb tal kogu kohaldatava tõkendi õiguspärasuse hindamiseks vajalik

materjal koondada kriminaaltoimikusse. Pole aga välistatud, et kohaldatava tõkendi õiguspärasuse kontrollimise seisukohalt olulist materjali võib leida ka jälitustoimikust.²⁷¹

Seega tuleb *Artikkel 7 testis* olevat väljendit *olulised tõendid* mõista kooskõlas riigisisese õigusega selliselt, et see hõlmab õiglase menetluse ning kaitse ettevalmistamise seisukohtalt *olulist kriminaalasja materjali*, mis on nii jälitus- kui ka kriminaaltoimikus. Riigisiseses õiguses vastab selline käsitlus KrMS § 34¹ lg 1 ning 124¹⁴ lg- le 1 (koostoimes RSVS § 29 lg- ga 2).

Artikkel 7 test ütleb selgelt, et üldreegel kohaldub menetlustes, mille esemeks on EIÕK art 5 lg 4 mõttes vabaduse piiramine. KrMS § 34¹ lg 2 kehtestab sisuliselt sama, kuna mainib vahistamist ning kinnipidamist. KrMS § 34¹ lg 1 mainib aga üksnes kuriteokahtlustuse sisu täpsustamiseks olulisi tõendeid. KrMS § 34¹ lg 1 ei täpsusta menetlusi, milles kohaldub üldnorm. KrMS § 34¹ pealkiri näeb ette kahtlustatava õiguse tutvuda kriminaaltoimiku materjalidega. Seega saab järeldada, et lg 1 on lg 2 suhtes üldnormiks ning üldnormi kohaldumisala ei piirdu üksnes vahistamise täpsustamiseks oluliste tõendite tutvustamisega, vaid kuriteokahtluse täpsustamiseks vajalikuga.

Direktiiv B preambul p 40 lubab *Artikkel 7 testi* üldreeglit kalduda kõrvale üksnes kõrgema kaitse tagamiseks ning kohaldada seega üldreeglit ka menetlustes, mida Direktiiv otsesõnu ei maini. Seega on võimalik, et KrMS § 34¹ lg 1 tagab *Artikkel 7 testist* kõrgema kaitse, võimaldades kohaldada üldreeglit ka menetlustes, mille esemeks pole ainult EIÕK art 5 lg 4 mõttes vabaduse piiramine. Meenutatavasti on iga tõkendi kohaldamise eelduseks põhjendatud kuriteokahtluse olemasolu. Kuna KrMS § 34¹ lg 1 annab kahtlustatavale õiguse tutvuda kriminaalasjas oluliste tõenditega, mis on vajalikud kuriteokahtlustuse sisu täpsustamiseks, saab seega sätte mõttest järeldada, et üldreegel kohaldub ka menetlustele, mille esemeks ei ole üksnes vabaduse piiramine. Magistritöö esimeses peatükis tõi autor välja tõkendeid, mille puhul võimaldab kehtiv KrMS kaitseõiguse teostamist. Vastavateks tõkenditeks on: ametist kõrvaldamine, ajutine lähenemiskeeld, konfiskeerimine. Naastes *kaitsetrepi* meetodika ning *EoA* põhimõtte juurde, peab kaitsja saama ausa ning õiglase menetluse ja kaitse ettevalmistamiseks tutvuda seega kogu vajaliku materjaliga, mille alusel soovitakse kohtueelses menetluses piirata kahtlustatava õigusi.

²⁷¹ P. Pikamäe, *supra* nr 13, § 121 kom 2. S. Laos on kirjutanud, et kaitseõiguse vaatenurgast on oluline saada juurdepääs ka jälitustoimikus sisalduvale, kuid tõendite mittekasutatavale teabele, kuna see võib aidata kaasa süüdistatava süütuse tõendamisele või karistuse kergendamisele.

Seega on võimalik tõdeda, et KrMS 34¹ lg 1 tõstab Direktiiv B-ga tagatud kaitset, võimaldades üldreeglina kahtlustataval ning tema kaitsjal tutvuda mh *konfiskeerimise, ajutise lähenemiskeelu ning ametist kõrvaldamise taotluse täpsustamiseks oluliste tõenditega*.

3.3.2. Üldreegli piirang

Kahtlustatava ja tema kaitsja juurdepääsu võib piirata mh olulistele jälitustegevusega kogunenud materjalidele, kui see võib *oluliselt kahjustada teise isiku õigusi* või kui *see võib kahjustada kriminaalmenetlust* (KrMS § 34¹ lg 3). Täiendavalt on võimalik piirata juurdepääsu jälitustegevusega kogunenud tõenditele, kui see on kaitstud sellise *riigisaladusega, mille avalikuks tulek kahjustab Eesti Vabariigi julgeolekut* (KrMS § 126¹⁴ lg 1 p-d 3 - 6; RSVS §-d 3 p 1, 8 p-d 1 - 3; 9 p 4). *Artikkel 7 testi* standard lubab üldreeglit piirata järgnevatel alustel. Kahtlustatava ja kaitsja juurdepääsu võib piirata vabadust piirava meetme õiguspärasuse hindamiseks olulistele tõenditele, kui: (a) juurdepääsu tagamine ohustab *teise isiku olulisi põhiõigusi* (eelkõige elu, tervist ja vabadust); või (b) kui see on *rangelt vajalik oluliste avalike huvide kaitseks*, ning juurdepääsu piiramine olulistele tõenditele hoiab ära: *käimasoleva kriminaalmenetluse legitiimsete eesmärkide* (tõe väljaselgitamise ning ausa ja õiglase õiguspärasuse) *kahjustamise*; või *tõsise ohu riigi julgeolekule* (politsei uurimistaktika ja -meetodid, s.o riigisaladus), *mis on piiratava kaitseõiguse suhtes ülekaalukas*. Piiramisaluseid tuleb tõlgendada kitsendavalt ning kooskõlas õiglase menetluse doktriini nõuetega (preambul p 32). Võistleva menetluse ja EoA tagamisega tuleb minna nii kaugemale kui võimalik. Arvesse tuleb võtta piirava meetme vajalikkust, proportsionaalsust ning piiratava põhiõiguse olemust (Harta art 47 § 2). Piirang peab olema kooskõlas EL tunnustatud üldist huvi pakkuvate eesmärkidega.

Esimene lahkeli avaldub faktist, et riigisisene õigus lubab kaitsjale jätta jälitustegevusega kogunenud materjali tutvustamata, kui see *võib oluliselt kahjustada teise isiku õigusi*. Vastavad alused tulevad KrMS §-dest 34¹ lg 1 ja 3 ning 126¹⁴ lg- st 1 p-dest 1 - 2. Siinkohal on põhjendatud kahtlus, mille järgi on riigisisene seadusandja mehhaaniliselt võtnud üle Direktiiv B sõnastuse. Riigisisese piiramisaluse sõnastus eirab nii direktiivi grammatilist tõlgendust kui ka eesmärki. *Artikkel 7 testi* järgi, peab olema *tegemist olulise põhiõigusega*, mis hõlmab *isiku elu, tervist ning vabadust*. Direktiivi eesmärk lubab liikmesriikidel kalduda direktiivi sätetest kõrgele üksnes kõrgemale kaitse tagamiseks. Praegusel ajal kehtiva KrMSi ebamäärane ning laialivalguv tähistus võimaldab piirata kõneaines olevat kaitseõigust ebamõistlikult paljudes olukordades. Heites pilgu KrMS § 126¹⁴ lg 1 p-de 1-2 sõnastustele, siis on võimalik

põhimõtteliselt alati igasuguse isikuõiguse kaitseks piirata vastavat kaitseõigust. Nii ulatuslikku kaitsja õiguse piirangut tutvuda olulise jälitustegevusega kogunenud materjaliga *Artikkel 7 test* aga ei soosi. KrMSi vastav sõnastus eirab direktiivi preambula nõuet, mille järgi tuleb piiramisaluseid tõlgendada kitsendavalt.

Järelikult on vastavas osas *Artikkel 7 test* EL ülimuslikkuse põhimõtte ning vahetu õigusmõju tõttu otsekohalduv. See tähendab, et kaasuses milles prokurör on kohtueelses menetluses piiranud kaitsja õigust tutvuda mõne jälitustegevusega kogunenud materjaliga põhjusel, et vältida mõne isiku õiguse olulist kahjustamist, peab kohus kohtuliku kontrolli teostamisel juhinduma sellest, mida nõuab Direktiiv B. Ka prokurör on kohustatud juhinduma Direktiivi B- st, sest antud juhul on riigisisene õigus vastuolus sellega, mida nõuab *Artikkel 7 test*. Kohtu ning prokuröri kohustusele korrespondeerub kahtlustatava ja tema kaitsja õigus tugineda Direktiiv B piiramisalusele, mis on kahtlemata riigisisest piiramisalusest kitsam.

Siinkirjutaja arvates tuleb piiramisalust mõista seega selliselt, et see kaitseb teise isiku *olulisi põhiõigusi*, milleks on eelkõige isiku elu, tervis ja vabadus, mitte igasugused isikuõigused.

Järgnevalt kasutab riigisisene õigus piiramisaluseks väljendit *võib kahjustada kriminaalmenetlust*. *Artikkel 7 test* lubab aga piirata juurdepääsu *olulistele tõenditele*, kui *see on rangelt vajalik oluliste avalike huvide kaitseks*. *Artikkel 7 test* peab oluliste avalike huvide all ühe aspektina silmas *käimasoleva kriminaalmenetluse legitiimseid eesmärke*, mis seisab tõe väljaselgitamise ning õiglase ja ausa õigusmõistmise eest. Näib, et Eesti seadusandja on direktiivi sõnastuse mehhaaniliselt ülevõtnud, ega pole süvenenud kontekstilisse tõlgendamisse. Art 7 lg 4 kontekstiline tõlgendamine annab aimu sellest, et mitte igasugune kriminaalmenetluse kahjustamine ei saa olla aluseks, et redutseerida nullini art 7 lg-ga 2 tagatud kaitseõigus, vaid kriminaalmenetluse kahjustamise reaalsus peab olema oluline (*/.../ to safeguard an important public interest, such as in cases where access could prejudice on ongoing investigation /.../*). Riigisisene seadusandja pole arvestanud ka EIÕK- st tulenevate nõuetega direktiivi tõlgendamisel. Meenutatavasti on *EIK* kehtestanud standardi, mille järgi on EIÕK art 6 piiratud *kriminaalmenetluse legitiimsete eesmärkide* kaitseks. Kõnealusteks eesmärkideks on EIKi järgi tõe väljaselgitamine ning aus ja õiglane õigusmõistmine. Direktiivi preambuli eesmärgid taotleavad direktiiviga kehtestatud õiguste edendamist, õigust õiglasele kohtupidamisele ning piiramisaluste kitsat tõlgendamist.

Artikkel 7 testi piiramisaluse *kriminaalmenetluse legitiimsete eesmärkide kahjustamise vältimine* tähendab, et igasugust kriminaalmenetluse kahjustamist ei saa lugeda legitiimsete eesmärkide kahjustamiseks. Arvestatav üksnes legitiimsete eesmärkide kahjustamine, st

selliste eesmärkide, mille jaoks on kriminaalmenetlus ellu kutsutud (tõe väljaselgitamine ning õigusmõistmine). Need eesmärgid peavad aga olema legitiimsed, st ei tohi põhjendamatult piirata isikute põhiõigusi ning menetlus ise peab oma eesmärkide saavutamisel olema aus ja õiglane. Õiglane menetlus toetab lõppastmes õiget kohtuotsust ning väldib riigist kui kuritegevuse kontrollijast mulje jätmist. Kui riik järgib õiglase menetluse doktriini, tunnistab ta ka võimalikke ametnike eksimusi ja kuritarvitusi, mis peavad vajadusel tulema ilmsiks.

Järelikult on laialivalgud riigisisene sõnastus ebasobiv ning *Artikkel 7 test* piiramisalus *kriminaalmenetluse legitiimsete eesmärkide kaitseks (tõe väljaselgitamine ning aus ja õiglane õigusmõistmine)* on riigisisese õiguse EL ülimuslikkuse ja vahetu õigusmõju tõttu otsekohalduv.

Riigisaladus on kolmas riigisisene piiramisalus. Meenutatavasti võimaldab KrMS § 126¹⁴ lg 1 p-d 3 - 6 piirata juurdepääsu jälitustegevusega kogunenud materjalile, mis sisaldub kriminaaltoimikus. RSVS §-d 8 ja 9 vastavad punktid koostoimes RSVS § 29 lg- ga 2 lubab piirata juurdepääsu jälitustoimiku materjalile. *Artikkel 7 test* kehtestab standardi, mille järgi on juurdepääsupiirang lubatud *rangelt oluliste avalike huvide kaitseks*, milleks on mh *tõsine oht riigi julgeolekule, mis on piiratava kaitseõiguse suhtes ülekaalukas*. Siinkirjutaja arvab, et kui tõlgendada riigisiseseid piiramisaluseid kitsalt ning kooskõlas RSVS §- ga 3 p 1 ning asjakohaste punktiga RSVS §- dest 8 ja 9, on võimalik saavutada kooskõla *Artikkel 7 testiga*. RSVS asjakohased sätted ütlevad sisuliselt, et kaitsta tuleb selliselt riigisaladust, mille avalikuks tulek kahjustab Eesti Vabariigi julgeolekut. Kooskõla saavutamiseks tuleks riigisisest KrMS § 126¹⁴ lg 1 mõista selliselt, et kahtlustatavale ja kaitsjale võib jätta tutvustamata õiglase menetluse ning kaitse ettevalmistamiseks *olulised tõendid*, kui see hoiab ära tõsise ohu Eesti Vabariigi julgeolekule, mis on piiratava kaitseõiguse suhtes ülekaalukas. Mõistet *riigi julgeolek* tuleb tõlgendada direktiiviga sätestatud eesmärkide täitmiseks kitsendavalt, lähtudes RSVS §- dest 3 p 1, 8 p 1- 3 ning 9 p- st 4. Lisaks tuleb arvestada, et teave, mida soovitakse riigi julgeoleku kaitsmise eesmärgil kaitse eest varjata, peab olema piiratava kaitseõiguse suhtes ülekaalukas.

Direktiiv arvestab Eesti õiguse eripäraga jälitustoimiku ja riigisaladuse mõistete osas. Preambuli p 31 aktsepteerib materjali hoidmist kriminaaltoimikus aga ka muul asjakohasel viisil, mis on kooskõlas riigisisese õigusega. Kuigi direktiivi artikkel 7 sõnastus ei too sõnaselgelt välja jälitustoimikut ega riigisaladust, ent võimalust piirata kaitsja juurdepääsu riigi julgeoleku kaitsmiseks viitab asjaolule, et direktiiv arvestab kõnealuste riigisisete õigusterminitega olemasoluga. Järelikult vastab riigisisene piiramisalus *Artikkel 7 testi* kohaldamiskriteeriumitele.

Mis puudutab raskete kuritegude tõttu kaitsjale materjali tutvustamata jätmist, leidis siinkirjutaja alapeatükis 2.2.2, et selline lähenemine on põhimõtteliselt taunitav. Kuritegevuse kontrollimudeli tunnuste järgmine ei too õigusriigile kasu, vaid kahju. Õiglase menetluse doktriin austab isikute süütust kuni süüdimõistva kohtuotsuseni. Samuti tunnustab doktriin ametnike võimalikke eksimusi ning kuritarvitusi, mille minimeerimiseks tuleb suhtuda kõneaines olevasse kaitseõigusesse täie tõsidusega. *EoA* põhimõtte austamine aitab jõuda õige lahendini ning vältida ühest õigusriigist kui politseiriigist mulje jätmist. Seega on autori isiklik seisukoht, et üks demokraatlik õigusriik ei tohiks *Artikkel 7 testi* piirangu kohaldamisel arvestada kuriteo raskusega. Järeldusele, et *Artikkel 7 test* ei lubada piirata kaitseõigust kriminaalasja olulistele tõenditele raske kuriteo korral, jõudis siinkirjutaja ka peatükis 3.2.2.

3.3.3. Kaitsele piirangust tulenenud raskuste tasakaalustamine

Viimaks tuleb võrrelda *Artikkel 7 testi C* osa kohaldatavust Eesti kohtueelse menetluse tingimustes. Võrdluse aluseks on kirjatöö alapeatükis 2.2.3 analüüsitud Riigikohtu väljatöötatud tasakaalustavad meetmed, mis vastavad EIKi kriteeriumitele ning on kooskõlas *tasakaalustava meetme prop testi nõuetega*. Selleks, et direktiivi eesmärged saavutada paremini, teeb autor täiendavaid ettepanekuid konfliktsete hüvede tasakaalustamiseks ka peatüki 2.2.4 tulemustest.

RK välja töötatud tasakaalustav meede, mis seisneb kohtu kohustuses kontrollida kaitsjale jälitustegevusega kogunenud teabe tutvustamata jätmise seaduslikkust, sarnaneb *Artikkel 7 testi C.1* nõudega. Kohtul tuleb abinõu rakendamisel veenduda prokuröri väidetud juurdepääsu piiramisaluse faktipõhises eksistentsis.²⁷² *Artikkel 7 testi (C.1.1)* järgi peab kohus nõudma prokuratuurilt välja kõik juurdepääsu piiramisaluse kontrollimiseks vajaliku materjali. Kohtu nõudmisel peab prokuratuur tõendama (C.1.2), et jälitustegevusega kogunenud materjali avaldamine kahjustab realselt direktiivi art 7 lg- ga 4 kaitstud õigushüvesid. Kuulanud ära

²⁷² Seletuskiri 266 SE SK kriminaalmenetluse seadustiku ja riigisaladuse ja salastatud välisteabe seaduse muutmise seaduse eelnõu juurde - algatatud 13.06.2016, p 5. - Arvutivõrgus: <https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/abec04f4-b48e-43f5-aa1c-a4eb505ba9c0/Kriminaalmenetluse%20seadustiku%20ja%20riigisaladuse%20ja%20salastatud%20välisteabe%20seaduse%20muutmise%20seadus> (14.03.2018). Seisukohta toetab ka õigusloome spetsialistide arvamus, mis seisneb järgnevas. Eesti õigusloomega tegelevad inimesed on täheldanud probleeme seonduvalt kaitsjale jälitustegevuse aluseks oleva dokumentatsiooni tutvustamata jätmisega. Eksisteerib oht, et õiguskaitseorganid hakkavad menetlusedokumentidest meelega viitama teabele meetodite, taktika ja vahendite kohta, et välistada kaitsja juurdepääs teabele. Seletuskirjas märgitakse ka võimalust piirata juurdepääs RSVS § 25 lg 2 alusel kogu teabele isegi siis, kui vaid osa sellest on kaitstud riigisaladusega. Teave meetodi, taktika või vahendite kohta on harva kaitseõiguse teostamiseks vajalik. Kui aga piiratakse kaitsja juurdepääsu kogu jälitustegevuse aluseks olevale dokumendile või tõendile, on kaitseõiguse teostamine võimatu.

süüdistus- ning kaitsepoole arvamused²⁷³, tuleb kohtul teha selgeks, kas kaitstav huvi kvalifitseerub mõne *Artikkel 7 testi* B osa p (a) või (b) (direktiivi art 7 lg 4) alla. Seega menetlustes, milles kohaldub direktiivi art 7 lg 4, tuleb alustada alati juurdepääsupiiramise otsuse õiguspärasuse kontrollimisest, kuna sellest sõltub, kas kohtul tuleb prokuratuuri kohustada materjali avaldamiseks kaitsele või rakendada tasakaalustavaid meetmeid. Olgu seejuures täpsustatud, et kohtul tuleb tegelikult läbida terve *Artikkel 7 test*, et jõuda järelduseni kaitset vajava teise isiku olulise põhiõiguse või olulise avaliku huvi realistlikkusest, mis välistab ülekaalukalt kahtlustatava ja kaitsja direktiivi art 7 lg-ga 1 ja 2 tagatud õiguse.

Kui kohus jõuab eitava tõdemuseni, on edasi kaks sobivat võimalust. *Artikkel 7 test* võimaldab kohtul kohustada prokuratuuri avaldama kaitsele õiglase menetluse ning kaitse ettevalmistamise seisukohalt *olulise jälitustegevusega kogunenud materjali*. Juhul, kui prokuratuur keeldub jätkuvalt materjali avaldamast, sobib *Artikkel 7 testi* eesmärki täitma Riigikohtu välja arendatud tõendi hindamiskeeld. Järelikult on kohtul võimalus rakendada vastavaid abinõusid üksnes siis, kui viimane jõuab järeldusele, et prokuröri juurdepääsupiirang on põhjendamatu. Kui kohus jaatab kaitset vajava huvi olemasolu, tuleb kohtul hakata rakendama tõhusaid menetlusgarantiisid, pidades silmas, et kõnealust kaitseõigust võib piirata hädavajaliku miinimumi. Siinkirjutaja arvates on seega tähtsus ka kohtu rakendatavate tasakaalustavate meetme järjekorral. Eelöeldu tähendab esmajoones selliste abinõude rakendamist, mis sekkuvad kaitsja iseseisvusesse kaitseõiguse teostamisel kõige vähem. Kaitsja on kõige edukam siis, kui tema funktsioonide täitmine ei sõltu kolmandast vahelülist. L. Glikmani seisukohta meenutades on vaid kaitsja see, kes suudab kõige paremini tuvastada klienti õigustavad asjaolud.²⁷⁴

Kui kohus tuvastab ülekaaluka huvi materjalist, millele kaitsja taotleb juurdepääsu, tuleks järgnevalt rakendada RK pakutud meetet katta kõnealusest materjalist kinni need osad, mille avalikuks tulek kahjustab realselt Eesti Vabariigi julgeolekut. Et osaline jälitustegevusega kogunenud materjali tutvustamine vastaks *Artikkel 7 testi* kriteeriumitele, peab kohus veenduma selles, et materjalist on kinni kaetud vaid realselt kaitset vajavad osad. Meetme järjekord on põhjendatav asjaoluga, et kaitsjal saab materjali sisust teadlikuks ilma kolmanda vahelülita (olulise tõendi sisu pole vahendatud). Abinõu teeb seega *kaitsetrepi* esimesed faasid võimalikuks, lähendades kaitsepoolt *EoA* põhimõttele. Kaitsja, kes on saanud teadlikuks

²⁷³ Arvamuse avaldamisel tuleks võtta eeskjuju *ICC* mudelist, milles eeluurimiskohtunik selgitab menetluspooltega koostöös aktiivselt välja esmalt materjalile juurdepääsupiirangu aluse olemasolu ning seejärel, kui piirang eksisteerib, koostöös välja ka kõige tõhusama tasakaalustava abinõu.

²⁷⁴ Glikman, L. *Supra* nr 42, Lk 251.

taotletud materjali sisust, saab asuda hindama kohaldatava tõkendi õiguspärasust. Juhul, kui juurdepääsupiiranguga kaitstavas materjalis on riigisaladust niivõrd palju, et riigi julgeoleku kaitsmiseks tuleb katta kinni enamus materjalist või osaline tutvustamine osutub riigisaladuse rohkuse tõttu võimatuks, tuleb loobuda kõnealuselt meetmest ning proovida alljärgnevat.

Kui kaitsjale jälitustegevusega kogutud materjali osaline ning vahetu tutvustamine osutub perspektiivituks, tuleb kohtul kontrollida *ex officio* jälitustegevuse õiguspärasust. Kahtlemata piirab kõneaines olev abinõu kaitsja iseseisvust kaitsefunktsiooni täitmisel kõige enam, sest kaitsja peab lootma kolmanda vahelüli objektiivsusele. Et meede aitaks kõige paremini saavutada *Artikkel 7 testi* eesmärgi, ei tohi kohus piirduda üksnes jälitustegevuse õiguspärasuse kontrolliga. Vajadusel tuleb veenduda lisaks jälitusprotokolli sisu paikapidavuses, usaldusväärsuses ja kvaliteedis. Abinõu aitab ületada raskused, mis tekivad *kaitsetrepi* esimese kolme faasi läbimisel. Kuna kohtul on kohustus avaldada oma järeldused kohtuistungis protokollis, saab kaitsja neile tuginedes kritiseerida prokuröri argumente. Meede on efektiivne, kui kohtu avaldatud järeldused võimaldavad kaitsjal hinnata kohaldatava tõkendi õiguspärasust.

KOKKUVÕTE

Käesoleva teadustöö eesmärgiks oli leida teoreetilise analüüsi ning võrdleva uurimismeetodi abil vastus järgnevale küsimusele. Milliseid EL Direktiivist B tulenevaid kriteeriume tuleks kaaluda Eesti kohtutel, et otsustada kaitsjale kriminaalmenetlusliku jälitustegevusega kogutud materjali tutvustamine kohtueelsel uurimisel tõkendi kohaldamismenetluses?

Kaitsja üldine vajadus tutvuda kriminaalasja materjaliga on lahutamatult seotud eduka kaitsefunktsiooni teostamisega. Nii on vastav kaitseõiguse instituut seotud EIKi poolt välja töötatud õiglase menetluse ning võrdsete relvade doktriiniga. Kriminaalõigusega tegelevad advokaadil on põhjendatud teadmiskajadus nii kaitsealuse kohta kogutud süüstavast kui ka õigustavast teabest, et kaitsta klienti ebaseadusliku riigivõimu, st ametnike võimalike eksimuste ning kuritarvituste eest. Kaitseõiguse teostamiseks võib tekkida sõltuvalt asjaoludest vajadus tutvuda ka jälitustegevusega kogunenud materjaliga. Sellisteks juhtumiteks on eeskätt kaasused, milles nimetatud materjali alusel taotletakse kahtlustatavale järgmiste tõkendite kohaldamist. Nendeks on eelkõige: vahistamine, vahistamise asendamine kaitsjoniga, vahistamise pikendamine, ametist kõrvaldamine, ajutise lähenemiskeeld või vara konfiskeerimine. Jälitustegevusega kogunenud materjaliga tutvumine võimaldab kaitsjal lõppastmes hinnata kohaldatava tõkendi õiguspärasust või teostada hiljem kaitseõigust läbi määruskaebuse, kui leiab, et kohus on põhjendamatult kohaldanud tõkendit. Jälitustegevusega kogunenud materjaliga tutvumine ei teeni üksnes tõkendi õiguspärasuse hindamise eesmärki, vaid tutvudes jälitusprotokollide koostamise aluseks oleva teabekogumiga (jälitusloa taotlus, jälitusluba, jälitustoimingu tehniline teabetalletus), saab kaitsja teadmise tõkendi kohaldamise aluseks oleva jälitusprotokollide õiguspärasusest, usaldusväärsest ja kvaliteedist. Nii kontrollib kaitsja seda, kas täievvõim on täitanud ülesandeid kooskõlas kehtiva õigusega ja kvaliteetselt.

Et kaitsja saaks oma funktsioone edukalt täita, peab ta saama vahetult tutvuda või võimalikult täpse ülevaate, kontrollides seega, kas: (I) jälitustoiming ise oli teostatud kooskõlas kehtiva õigusega; (II) jälitustoimingu on sooritanud pädev asutus või isik selleks antud loa piires; (III) jälitusprotokoll vastab kehtivast õigusest tulenevatele nõuetele ning kas seal sedastatud info on usaldusväärne, teostatud jälitustoimingule vastav ning piisav tõkendi kohaldamiseks; (IV) kui tõkendit põhjendamisel tuginetakse jälitusprotokollile, siis kas kriminaalmenetluse tagamiseks vajalikud eeldused on täidetud või esineb võimalus määruskaebeõiguse teostamiseks. Kõnealuset metoodikat nimetab autor *kaitsetrepiks*.

Kaitseõigus tutvuda jälitustegevusega kogunenud materjaliga eesmärgiga teostada kohaldatavas tõkendi asjas efektiivset kaitset ning kindlustada õiglane menetlus, seisab riigisisises õiguses silmitsi mitme probleemiga.

Jälitustegevusega tihedalt seonduv riigisaladuse kontseptsioon, on üheks vääramatuks vastuargumendiks, mis õigustab kaitsjale jälitustegevusega kogunenud materjali vahtut tutvustamata jätmist. See on teave, mille avalikuks tulek kahjustab riigi julgeolekut. RSVS- st selgub, et riigisaladuseks loetakse nt jälitusasutuse taktikat, meetodeid, vahendeid, politseiagendi või varjatud koostööle kaasatud isiku tegelikku identiteeti. Sellist informatsiooni on vaja kaitsta, kuna selle avalikuks tulek võib kahjustada riigi efektiivseid võimalusi raskete ning keeruliste kuritegude avastamiseks, uurimiseks ning tõkestamiseks. EIK on öelnud, et kaitsja õigust ausale ja õiglasele menetlusele ning võrdsetele relvadele võib piirata, kui see on rangelt vajalik olulise avaliku huvi kaitseks. Kohus on selleks lugenud mh ka riigisaladust. EIKi seisukohta on toetanud sisuliselt ka EK, kes ZZ kaasuses aktsepteeris võistleva menetluse piiramist riigi julgeoleku argumendil. Järelikult on riigisaladus üheks põhiliseks huviks, mis konkureerib kaitsja õigusega tutvuda jälitustegevusega kogunenud materjaliga.

Riigisisisest õigusest, EIK ning EK praktikast selgus, et kõneaines oleva kaitseõiguse piiramist õigustavad lisaks riigisaladusele ka muud olulised huvid. KrMS § 34¹ lg 3 järgi saavad selleks olla nii kriminaalmenetluse huvid kui ka isikute õigused. EIKi ja EK praktika järgi on KrMS-s sätestatud piiramisalus liiga lai. EIKi ja EK praktikat koos lugedes on kaitsja juurdepääsu piiramine õigustatud oluliste põhiõiguste kaitseks (eelkõige isiku elu, tervise ja vabaduse). Kriminaalmenetlus, mille ülesandeks on tõe väljaselgitamise tulemusel kaitsta kuriteoga kahjustatud õigushüvesid ning võtta kurjategijad vastutusele, ei saa lubada endale täiendavate õigushüvede ohustamist. Seepärast on põhjendatud, et kõneaines olev kaitseõigus pole absoluutne, vaid seda võib piirata ka muude kaalukate hüvede kaitseks.

Eesti kohtueelne menetlus on KrMS § 211 lg- st 2 nähtuvalt rajatud inkvistsioonilisele menetlusmudelile, mis on kaugel sellest, mida nõuab klassikaline inkvistsiooniline menetlusdoktriin. Klassikaline inkvistsiooniline menetlusmudel esitab nõude, mille järgi juhib kohtueelset menetlust tugevate volitustega eeluurimiskohtunik. Vastav eeluurimiskohtunik kogub tõendeid ning juhendab aktiivselt tõe väljaselgitamise eest vastutavat prokuröri. Represseritava isiku põhiõiguste piiramise üle otsustab üksnes eeluurimiskohtunik. Eesti kohtueelses menetluses vastutab tõe väljaselgitamise eest prokurör, kogudes kriminaaltoimikusse nii süüstavaid kui ka õigustavaid tõendeid. Prokuröri ainupädevuses on piirata kaitsja juurdepääsu jälitustegevusega kogunenud materjalile. Eeluurimiskohtunik on passiivne, sest ta reageerib üksnes selle, mida palub talt menetluspool. Nii otsustab Eesti

eeluurimiskohtunik üksnes enim põhiuõigusi riivavate küsimuste üle (nt jälitusloa andmine üle, kui seda nõuab seadus intensiivsema põhiõiguste riive korral, vahistamine, ametist kõrvaldamine, konflikteerimise jms). Eeluurimiskohtunik lahendab nimetatud küsimusi üksnes kriminaaltoimikust nähtuva pinnalt, mille esitab talle prokurör. Järelikult on Eesti kohtueelne menetlus kaugel sellest, mida näeb ette klassikaline inkvisitsioonilise menetluse mudel.

Eesti õiguskirjanduses on peetud prokuröri kahe vastassuunalise ülesande mahutamist problemaatiliseks ning tõstatatud kahtlus, kas prokurör on võimeline kohtueelses menetluses täitma objektiivselt nii süüdistus- kui ka kaitsefunktsiooni? Mitmed Eesti kriminaalõigusega tegelevad kaitsjad näevad selles ohtu ning leiavad, et prokurör ei tohiks materjali tutvustamise küsimuse üle üldse otsustada, sest kui neis tekib kohtueelses menetluses veendumus kuriteo põhjendatud kahtluses, saab neist enneaegne riiklik süüdistaja. Siinkirjutaja jõudis võõrkeelse õiguskirjanduse läbitöötamise käigus järeldusele, et tegu pole üksnes Eesti kaitsjate pseudoprobleemiga. Maailmariikide kogemusest leidub nii teoreetilisi kui ka empiirilisi tõdemusi, millest nähtuvalt võib prokurör enneaegselt hüljata objektiivse menetleja staatuse. Objektiivse ning neutraalse menetleja rollist eemaldumist soosib Eesti hübriidmudel, mis koosneb klassikalisest inkvisitsioonilisest menetlusest kaugest kohtueelsest ning võistlevast kohtumenetlusest. On arvatud, et prokurör, olles veendunud isiku toimepandud kuriteos, hakkab kohtueelses menetluses kindlustama erinevatel põhjustel etteulatuvalt isiku süüdimõistmist. Põhjused on selleks inimlikud. Nendeks on: prokuröride võiduiha; suurt avalikku huvi pälvivad kaasused, milles kaalul on prokuröri reputatsioon; palk tulemusliku töö eest; karjäär või muud sarnased ergutused. Prokuröri inimliku suutumatus kinnituseks juhtida objektiivselt kohtueelses menetlust, on autor illustreerinud põhianalüüsis järgnevate näidetega. UK- st pärineb pärineb kaasus, milles prokurör jättis kaitsele tutvustamata tõendi, mis oleks aidanud püstitada mõistliku kahtluse isiku seotuses talle ette heidetud kuriteoga. Tegemist on näidetega, milles prokurör ei tajunud tõendi väärtust selliselt, et tegu võiks olla süüdlas õigustava teabega. EIK on lahendanud kaasusi, milles prokurör oli lubanud hävitada jälitustegevusega kogutud materjali, mistõttu kaitse ei saanudki teada, kas tegemist oli süüstava või õigustava infoga. Itaalias viidi läbi empiiriline uuring, millest selgus, et prokurörid ei pööra võrdväärset tähelepanu isikut süüstava ning õigustava teabe kogumisele.

Eelmainitud probleemidest pole vaba ka Eesti kriminaalmenetluse süsteem. Autor jõudis järeldusele, et Eesti hübriidmudel, millest moodustab materiaalse tõe väljaselgitamise osas tähtsama osa klassikalisest inkvisitsioonilisest kaugel kohtueelne menetlus, on problemaatiline ning avatud võimalikele eksimusele ja kuritarvitustele. Muret tekitab tõsiasi, et kogu Eesti prokuröri peamine objektiivsuse garantii on rajatud seadusega kehtestatud eeldusele. Ei piisa

pelgalt seadusega kehtestatud eeldusest selleks, et kõrvaldada või vähemalt vähendada ametnike võimalikke eksimusi ja kuritarvitusi. Prokurör ei pea ilmingimata probleemi olemasolu jaatamiseks kuritarvitama talle antud volitusi. Ta võib ka tõendi väärtust kaitse perspektiivist tajuda valesti, jättes nt kriminaaltoimikusse lisamata olulise tõendi. Prokurör on lõppastmes siiski riiklik süüdistaja.

Süsteemil, mis ei tunnista oma vigu, on kalduvus kuriteguvuse kontrolli mudelile. Vältimaks võimalikke eksimusi ja kuritarvitusi, on vajalik, et kaitsja saaks teha efektiivselt oma tööd. Seda soosib õiglase menetluse doktriin, mis arvestab süsteemi võimalike puudustega. Õiglane menetlus taotleb õiget lahendit ning taunib isikute ebaõiglast repressioonimist. Kahtlustatavat tuleb kohelda kui õigussubjekti ning austada tema süütusepresumptiooni kuni jõustunud süüdimõistva kohtulahendini. Et õiglase menetluse doktriin võidutseks on vaja tagada kaitsjale süüdistusega võrdsed relvad, mille abil saab ta teha efektiivselt oma tööd, tuues prokurör võimalikud eksimused kohtu ette.

Eestis õigusruumis on prokuröri käsutus rikkalik vastava kaitseõiguse piiramisaluste kogum. Õiguslikud alused selleks tulevad KrMS § 34¹ lg 3, 126¹⁴ lg p- dest 1-6 ning RSVS § 29 lg- st 2. Analüüsist selgus, et piiramisalused on liiga laiad ning hõlpsasti kohaldatavad. Menetlussüsteem, milles opereerib Eesti versioon inkvistsioonilisest menetlusemudelist, on koostoimes prokuröri käsutuses oleva piiramisaluste kogumiga kahtlemata ohtlik. Nii on prokuröri küllaldaselt võimalusi, et muuta *kaitsetrepi* läbimine võimatuks.

Naastes põhiküsimuse juurde selgus analüüsist, et Direktiiv B art 7 tõstab mõningal määral EIKi pikapandud miinimumstandardeid. Kõnealune õigusinstrument tõstab *Strasbourg*'i kehtestatud standardeid eelkõige: piiramisaluste täpse, range ning kitsendava tõlgendamise näol ning esitab täpsemad ja hoolikamad nõuded konfliktsete väärtuste tasakaalustamisele. Kuigi Direktiiv B art 7 lg-s 4 sätestatud piirang ei kohaldu grammatilise, kontekstilise ning eesmärgipärase tõlgendamise järgi sama sätte lg- le 1, tuleneb EK 2013. a lahendist *ZZ vs. Secretary State for the Home Department*, et isiku õigust võistlevale menetlusele võib siiski teatud tingimuste esinemisel piirata. Otsustamaks, kas, millal ja kuidas tutvustada kaitsjale kohtueelses menetluses kriminaalmenetlusliku jälitustegevusega kogunenud materjali selliselt, et saaks lugeda vastava kaitseõiguse tagatuks, tuleb Eesti kohtutel arvesse võtta järgnevat. Selliselt toimides järgivad autori hinnangul Eesti kohtud Direktiivst B art- st 7 tulenevat õigust nõuetekohaselt.

A. ÜLDREEGEL (Direktiiv B art 7 lg 1 ja 2; KrMS § 34¹ lg 1 ja 2)

A.1. Prokuratuuril, kelle valduses on konkreetse kriminaalasja olulised tõendid, peab tagama kahtlustatavale ja kaitsjale juurdepääsu sellistele tõenditele, kui see on vajalik õiglase menetluse ning efektiivse kaitse ettevalmistamise seisukohalt.

A.1.1. Olulisteks tõenditeks, millele peab prokuratuur tagama juurdepääsu, on kahtlustatavat süüstavad, õigustavad ning tema olukorda muul viisil kergendavad. Olulised tõendid võivad olla nii asjakohased dokumendid ning heli-, foto- või videosalvestised.

A.1.1.1. Olulisteks jälitustegevusega kogunenud tõenditeks tuleb lugeda mh sellist materjali, mis aitab hinnata mh kohaldatavas tõkendasjas jälitusprotokolli õiguspärasust, kvaliteeti ning usaldusväärsust (jälitusloa taotlus, jälitusluba, jälitustoimingu tehniline teabetalletus). Olulised tõendid võivad olla nii jälitus- kui ka kriminaaltoimikus (Direktiiv B preambul p 31).

A.1.2. Üldreegel kohaldub menetlustes, mille esemeks on mh kohtueelses menetluses kohaldatava kriminaalmenetlust tagava meetme abinõu õiguspärasuse hindamine. Nendeks on eelkõige: vahistamine, vahistamise pikendamine, vahistamise asendamine kautsjoniga, ametist kõrvaldamine, ajutise lähenemiskeelu kohaldamine ning konfiskeerimine (KrMS § 34¹ lg 1 ning Direktiiv B preambul p 40). Oluliste tõendite tutvustamisel tuleb arvestada tõkendi menetlusnormidega.

B. ÜLDREEGLI PIIRANG (Direktiiv B art 7 lg 4; *EK* lahend asjas *ZZ*)

B.1. Kahtlustatava ja kaitsja õigust tutvuda kriminaalmenetlust tagava meetme õiguspärasuse hindamiseks oluliste tõenditega võib piirata, kui:

- (a) juurdepääsu tagamine ohustab teise isiku olulisi põhiõigusi (eelkõige elu, tervist ja vabadust); või
- (b) see on rangelt vajalik oluliste avalike huvide kaitseks, ning juurdepääsu piiramine olulistele tõenditele hoiab ära:
 - käimasoleva kriminaalmenetluse legitiimsete eesmärkide (tõe väljaselgitamise ning ausa ja õiglase õigusmõistmise) kahjustamise; või
 - tõsise ohu riigi julgeolekule (politsei uurimistaktika ja -meetodid, s.o riigisaladus), mis on piiratava kaitseõiguse suhtes ülekaalukas (KrMS § 126¹⁴ lg 1 p-d 3 - 6; RSVS §-d 3 p 1, 8 p- d 1 - 3; 9 p 4).

B.2. Piiramisalused tuleb tõlgendada kitsendavalt ning kooskõlas õiglase menetluse doktriini nõuetega (Direktiiv B preambul p 32). Piiramisaluse olemasolu korral tuleb võistleva menetluse ja võrdsete relvade tagamisega minna nii kaugemale kui võimalik. Arvesse tuleb võtta piirava meetme vajalikkust, proportsionaalsust ning piiratava põhiõiguse olemust.

C. KAITSELE PIIRAGUST TULENENUD RASKUSTE TASAKAALUSTAMINE

C.1. Prokuratuuri otsus, millega piiratakse p B alusel kaitse juurdepääsu õiglase menetluse ja efektiivse kaitse ettevalmistamise seisukohalt olulistele tõenditele, tuleb allutada kohtulikule kontrollile. Kohtuliku kontrolli raames peab liikmesriigi kohus rakendama tõhusaid abinõusid, mis võtavad arvesse iga üksikjuhtumi eripära.

C.1.1. Veendumaks, et prokuratuur on piiranud p- s A mainitud õigust kooskõlas p- ga B, tuleb kohtul välja nõuda kõik tõendid, mis võimaldavad hinnata pädeva ametiasutuse juurdepääsupiirangu otsustuse õiguspärasust.

C.1.2. Kohtus kontrollib faktipõhiselt, kas p-s B.1 mainitud huvi eksisteerib ning kas see kaalub üles vastava kaitseõiguse. Kohus kuulab ära nii kaitse- kui ka süüdistuspoole arvamused p-s B.1 sätestatud piiramisalusest. Tõendamiskoormis on prokuratuuril, kes tugineb piiramisalusele.

C.1.3. Kui kohtu arvates ei ohusta oluliste tõendite tutvustamine p-s B.1 mainitud huve, annab ta prokuratuurile, kelle valduses on olulised tõendid p A tähenduses, võimaluse vastavate tõendite tutvustamiseks. Kui prokuratuur seda siiski ei tee, toimib kohus järgnevalt:

(a) kohustab prokuratuuri avaldama kaitsele p A tähenduses olulisi tõendeid; või

(b) kohaldab prokuratuuri jätkuva keeldumise korral varjatavate tõendite hindamiskeeldu.

C.1.4. Kui p-s A nimetatud tõendite tutvustamine ohustab õigushüvesid p-s B.1, tuleb kohtul asjakohaselt tasakaalustada võistlevaid huve, piirates üksikisiku õigust hädavajaliku miinimunini. Kaitseõiguse piiramisel tuleb kohtul arvestada p- s B.2 sätestatud põhimõtteid. Seejuures peab kohus hindama, millise tagajärje võib endaga kaasa tuua p-s A sätestatud tõendite avaldamine.

C.1.4.1. Kui kohus teeb kindlaks, et p-s A mainitud õiguse tagamisel saabub p-s B.1 fikseeritud tagajärg, rakendab kohus üksikjuhtumi eripärast lähtuvaid tasakaalustavaid meetmeid. Kaitseõigust võib piirata hädavajaliku ulatuseni. Hädavajaliku ulatus tähendab, et tasakaalustavaid meetmeid tuleb rakendada järjekorras, mis sekkuvad kaitsja iseseisvusesse kaitseõiguse teostamisel kõige vähem. Kaitsja on kõige edukam siis, kui tema funktsioonide täitmine ei sõltu kolmandast vahelülist.

C.1.5. Kui olulises tõendis, millele taotleb kaitse juurdepääsu, esineb mõni p-s B.1 sätestatud kaalukas huvi, tuleb kõnealusel tõendist katta kinni kaalukat huvi sisaldav fakt. Kohus peab veendumata selles, et kinni on kaetud üksnes reaalsel kaitset vajavad osad. Kinnikatmise järel tuleb avaldada kaitsele vastav oluline tõend.

C.1.5.1. Kui juurdepääsupiiranguga kaitstavas materjalis on kaalukat huvi niivõrd palju, et selle kaitsmiseks tuleb katta kinni enamus materjalist ning osaline tutvustamine osutub kaitstava huvi rohkuse tõttu võimatuks, tuleb loobuda kõnealusel meetmest. Kohus peab arvestama, kas

osaline tutvustamine on kaitseõiguse seisukohast piisav, et võimaldada prokuratuuri argumentide kummutamist (võrdsed relvad). Kui osaline tutvustamine ei kaitseks piisavalt huvi p-s B.1 või osutub perspektiivituks kaitseõiguse tagamise seisukohalt, tuleb toimida järgnevalt.

C.1.6. Kui kaitsjale jälitegevusega kogutud materjali osaline ning vahetu tutvustamine osutub perspektiivituks, tuleb kohtul kontrollida *ex officio* jälitustegevuse õiguspärasust.

C.1.6.1. Et meede aitaks kõige paremini saavutada Direktiiv B- ga kehtestatud eesmärged, ei tohi kohus piirduda üksnes jälitustegevuse õiguspärasuse kontrolliga. Vajadusel tuleb veenduda lisaks jälitusprotokolli sisu paikapidavuses, usaldusväärsuses ja kvaliteedis.

C.1.6.2. Kohus avaldab oma järeldused kohtuistungis protokollis nii täpselt ja põhjalikult kui võimalik. Kohtu avaldatud järeldused peavad kaitsjal võimaldama hinnata kohaldatava tõkendi õiguspärasust, vaid siis on tasakaalustav abinõu piisavalt efektiivne.

Siinkirjutaja soovib Eesti riigil võtta esmajoones direktiiv korrektselt üle nagu seda on teinud Poola ja Hispaania (ka Ungari). Vastavate riikide kogemus näitab, et materjali avaldamist ei tasu karta. Õigusriik saab viimasest lõigata enesele üksnes kasu. Nagu eespool sedastatud, tagab õiglase menetlus õige lahendi ning aitab vältida riigist kui kuritegevuse kontrollija mulje jätmist. Kuniks aga Eesti riik pole direktiivi korrektselt ülevõtnud, on see otse kohaldatav.

Kuigi Eesti riigisisises õiguses puudub erikaitsja, tasub seadusandjal koostöös Eesti Advokatuuriga mõelda vastava instituudi loomisele. Eeskujuks tuleks võtta ICC erikaitsja mudel, kes töötaks koostöös kohtuga välja kaitsepoole jaoks kõige sobivama lahenduse. Erikaitsja instituut vastaks *Artikkel 7 testile* juhul, kui selline abinõu jäeks kõige viimaseks. Eelöeldut just seepärast, et erikaitsja piiraks kahtlustatava advokaadi iseseisvust kaitsefunktsiooni elluviimisel kõige enam. Erikaitsjal ei tohiks tema efektiivsuse saavutamiseks keelata suhtlemist kahtlustatava ega tema kaitsjaga. Esindatavatelt juhtnööride saamine on kahtlemata eduka kaitsestrateegia püstitamise eelduseks.

DEFENCE LAWYER'S ACCESS TO SURVEILLANCE MATERIAL IN ESTONIAN PRE-TRIAL PROCEEDINGS IN CRIMINAL MATTERS— REQUIREMENTS OF EU DIRECTIVE 2012/13/EU

Abstract

The Master's thesis at hand aims to answer the question which criteria arising from the EU Directive 2012/13/EU of the European Parliament and of the Council (Directive B) the Estonian courts should consider while deciding on granting the access to the surveillance material gathered during criminal investigation in pre-trial proceedings in the context of applying a measure to secure criminal proceedings.

In EU criminal law, the doctrine of equality of arms manifests in Directive B which, among other things, sets out the suspect's and the lawyer's right of access to the materials of the criminal case by the suspect and the suspect's lawyer. Article 7 of Directive B has several important goals, as described in the Directive's preambula. Regardless of the fact that EU Member States are all party to the European Convention of Human Rights (ECHR), the adoption of Directive B has been regarded as necessary, since ECHR alone does not always provide a sufficient guarantee for the implementation of said right in the criminal justice systems of other Member States (clause 7). In consideration of the above, the EU, by adopting Directive B, aims to strengthen the right of the accused to prepare their defence and to safeguard the fairness of the proceedings. For that purpose, Directive B establishes minimum rules which are mandatory for the Member States and which can be changed only insofar as they provide a higher level of protection (clause 40). All these rules may never fall short of the minimum standard established by the ECHR and the European Court of Human Rights.

All restrictions applicable on the right enshrined in Article 7 should be interpreted strictly and in accordance with the case-law of the European Court of Human Rights (clause 32). The preambula of Directive B also stipulates that the provisions of the Directive that correspond to rights guaranteed by the ECHR should be interpreted and implemented consistently with those rights, as interpreted in the case-law of the European Court of Human Rights (clause 40).

A. Soo rightly draws attention to the ruling of 4 May 2016 of the Supreme Court of Estonia (SCE), pointing to the confusion as to which role the ECHR has, as a source of law, in the interpretation of the Charter of Fundamental Rights of the European Union (hereinafter, the 'Charter'). Article 52(3) of the Charter leaves it unclear whether the aim of Directive B was to

harmonise the protection standards established by Strasbourg or to improve them. In the case concerned, the SCE did not request a preliminary ruling from the European Court of Justice (ECJ), which is why the precise relationship between the ECHR and the Charter remained uncertain.

The relevance of the Master's thesis and the core problem it addresses arise from the fact that, up until today, the ECJ has not yet given its interpretation on the right enshrined in Article 7 of Directive B. There is no clarity as to the role of the ECHR in the interpretation of the rights enshrined in the Charter. Having regard to the foregoing, the questions if and to what extent the restriction specified in Article 7(4) of Directive B extends to the right set out the subsection 1 of the same Article. The situation is further complicated by the fact that the European Court of Human Rights interprets the rights enshrined in the ECHR in the light of the specific character of the particular case.

Since the topic of the thesis at hand is the regulations governing the access to surveillance material gathered during pre-trial proceedings in Estonia, the matter is complicated by the concept of state secret. This is evident in clauses 1 and 8 of section 3 of the State Secrets and Classified Information of Foreign States Act. Hence, the right to access case materials arising from Article 7 of Directive B, as a means to secure the 'equality of arms' of the parties, may in certain cases come into conflict with the concerns of national security. If we take a look at the rules governing the granting of access to defence lawyers to the materials of the case (ss. 34¹(3) and 126¹⁴(1) of the Estonian Code of Criminal Procedure), we can see that there also exist other concerns competing with the right to access case materials. The competing interests, *inter alia*, include the person's rights and the interests of the criminal proceedings. Thus, in the case of conflicting concerns, it is crucial to find the appropriate balance.

The right to access case materials may also be affected by the system in which the criminal proceedings operate. The system of pre-trial criminal proceedings in Estonia, as seen in section 211(2) of the Code of Criminal Procedure, is an inquisitorial system where investigation is actively pursued by independent and objective prosecutor. In Estonian legal literature, an opinion has been voiced that the prosecutor cannot in pre-trial proceedings, for certain reasons, perform the defence function equally to the prosecution function.

The defence lawyer's right to access the materials of a criminal case competes with several other important legal rights and values. In addition to the competing concerns named above, the legal literature mentions cases where the states no longer adhere to the doctrine of trial. These concern the severe crimes against national security (terrorism). Thus, the severity

and nature of the crime may also affect adversely the interpretation of the right to access case materials, as set out in Directive B, in the national law.

The defence lawyer's need to access the materials of the criminal case is inextricably linked to the successful performance of the defence function. Therefore, the right to access case materials is linked to the doctrines of fair trial and equality of arms of the European Court of Human Rights. The criminal defence lawyer has a justified need to know both incriminating and exonerating information gathered in respect of his or her client, in order to protect the client against the unlawful exercise of government power. In order to exercise the right to access case materials, depending on the circumstances, the need may arise to examine the surveillance materials. Such instances primarily include cases where, on the basis of the said material, the application of the following preventive measures is requested with regard to the suspect. These include arrest, replacement of arrest with bail, arrest extension, removal from office, restraining orders or asset seizure. By examining the surveillance material, the defence lawyer can assess the lawfulness of the preventive measure to be applied or exercise the right to access case materials later by means of an appeal if he or she finds that the court's application of the preventive measure is unjustified. The examination of the surveillance material does not solely serve the purpose of assessing the lawfulness of the preventive measure, but by examining the information collection (application for surveillance authorisation, the surveillance authorisation itself and the surveillance logs) forming the basis for the preparation of the surveillance report, the defence lawyer will be able to get a picture of the lawfulness, reliability and quality of the surveillance report on the basis of which the preventive measure is applied. Thus, the defence lawyer scrutinises whether the law enforcement has performed its tasks in conformity with the law.

The right to access to surveillance material with the goal to exercise effective defence with regard to the applied preventive measure and to safeguard the fair proceedings encounters several problems in national law.

The concept of state secret which is closely linked to the surveillance activities is one of the overriding counterarguments which justifies the refusal of direct access to surveillance material to the defence lawyer. It concerns such information whose disclosure can endanger national security. The State Secrets and Classified Information of Foreign States Act lists as state secrets, for example, the methods, tactics and technical means used by surveillance agencies when conducting surveillance activities, and the identities of undercover agents or police agents. Such information needs to be protected since its disclosure could harm the effective ability of government agencies to discover, investigate and prevent severe and

complex crimes. The European Court of Human Rights has stated that the right to fair trial and the principle of equal arms may be restricted if it is strictly necessary for the protection of the public interest. By the court's definition, this includes state secrets. Therefore, the protection of state secrets is one of the primary interests competing with the defence lawyer's right to access the surveillance materials.

The national law and the case law of the European Court of Human Rights also sets out other important interests, in addition to state secret, which can justify the restriction of the said right. Section 34¹(3) of the Code of Criminal Procedure names the interests of the criminal proceedings or the rights of other persons. The criminal procedure whose goal is, by ascertaining the truth, to protect the legal rights harmed by the crime and to bring the criminals to justice, cannot be permitted to harm any further legal rights. Therefore, it is justified that the right under discussion is not absolute, but it can be restricted if other important rights need to be protected.

The classical inquisitorial system requires that the pre-trial proceedings be presided over by a pre-trial judge with significant authority. The pre-trial judge gathers evidence and actively instructs the prosecutor whose task is to ascertain the truth. In addition, the pre-trial judge decides on the restriction of the fundamental rights of the person repressed. In Estonian pre-trial proceedings, the prosecutor is entrusted with the task of ascertaining the truth and gathers both incriminating and exonerating evidence in the criminal file. It is in the sole competence of the prosecutor to restrict the defence lawyer's access to the surveillance material. The role of the pre-trial judge remains passive, reacting only to the requests of the parties. The pre-trial judge only decides on the issues which infringe upon the fundamental rights the most (such as granting the surveillance authorisation if it is required by the law in the case of more intensive fundamental rights infringement, arrest, removal from office, asset seizure, etc.). The pre-trial judge decides on these issues only on the basis of the information contained in the criminal file which is transmitted to him or her by the prosecutor.

In Estonian legal literature, entrusting the prosecutor with two opposing tasks has been deemed problematic and doubt has been raised as to the prosecutor's ability to perform both the prosecution function and the defence function objectively in the pre-trial proceedings. Several Estonian prominent criminal defence lawyers regard it as dangerous and find that the prosecutors should not decide on the issue of granting the access to the materials at all, since, should they become convinced of the culpability of the suspect, they will prematurely assume the role of a public accuser. This is not a pseudoproblem of Estonian defence lawyers. The experience of other countries reveals both theoretical and empirical realisations confirming that

the prosecutor may lose his or her objectivity too early in the process. The prosecutor, convinced of the crime, will, for various reasons, begin building the case for convicting the suspect. The reasons for this can be humanly understood. These include the desire to win the case, preservation of reputation in cases attracting considerable public interest, performance pay, career prospects or other similar incentives. The Estonian criminal justice system is not free of the aforementioned problems, as the Estonian hybrid model is problematic and prone to errors and abuses.

A. GENERAL RULE (subsections 1 and 2 of Article 7 of Directive B; ss. 34¹(1) and 34¹(2) of the Code of Criminal Procedure)

A.1. The prosecutor's office who holds in its possession material evidence in a particular criminal case must ensure that access is granted to such evidence to the suspect and the defence lawyer to safeguard the fairness of the proceedings and prepare an effective defence.

A.1.1. The material evidence to which the prosecutor's office must ensure the access are both incriminating and exonerating. The material evidence can include relevant documents, photos and audio and video recordings.

A.1.1.1. The material evidence gathered during surveillance activities should include such evidence that helps to assess the lawfulness, quality and reliability of the surveillance report (application for surveillance authorisation, the surveillance authorisation itself and the surveillance logs). The material evidence can be contained both in surveillance and criminal files (clause 31 of Directive B).

A.1.2. The general rule is applied in proceedings which, *inter alia*, concern the assessment of the lawfulness of the measure applied in pre-trial proceedings to secure the criminal proceedings. Primarily, these include arrest, replacement of arrest with bail, arrest extension, removal from office, restraining orders or asset seizure (s. 34¹(1) of the Code of Criminal Procedure and clause 40 of the preamble of Directive B). The procedural rules for the preventive measure must be taken into account while granting access to the material evidence.

B. RESTRICTION ON THE GENERAL RULE (subsection 4 of Article 7 of Directive B; ECJ ruling in case ZZ)

B.1. Access to material evidence to the suspect and the defence lawyer for the purpose of assessment of the lawfulness of the measure securing the criminal proceedings may be restricted if:

- (a) such access may lead to a serious threat to the fundamental rights of another person (especially life, health and freedom);

(b) such refusal is strictly necessary to safeguard an important public interest, and it prevents:

- the legitimate aims (ascertainment of truth and fair and fair and equitable adjudication) of the pending criminal proceedings from being harmed; or
- a serious threat to the national security (the investigation tactics and methods of the police, i.e., the state secret) which takes precedence over the right to access the materials (s. 126¹⁴(1)(3-6) of the Code of Criminal Procedure; ss. 3(1), 8(1-3), 9(4) of the State Secrets and Classified Information of the Foreign States Act).

B.2. The grounds for restriction must be interpreted narrowly and in line with the requirements of the doctrine of fair trial (clause 32 of Directive B). If the grounds for restriction exist, the adversarial procedure and the equality of arms must be ensured as much as possible. The necessity and the proportionality of the restricting measure and the character of the fundamental right to be restricted must be taken into account.

C. BALANCING THE DEFENCE'S DISADVANTAGES ARISING FROM THE RESTRICTION

C.1. The decision of the prosecutor's office to refuse access to material evidence that is important in the interest of safeguarding the fairness of the proceedings and preparing an effective defence must be subjected to judicial control. As part of the judicial control, the court of the Member State must take effective measures which take into account the specifics of each individual case.

C.1.1. To make sure that the prosecutor's office has restricted the right described under section A in line with section B, the court must demand the submission of all evidence that can be used for the assessment of the lawfulness of the decision of the competent authority to refuse access.

C.1.2. The court scrutinises the facts whether the interest described in section B exists and if it takes precedence over the right to access case materials. The court will hear the opinions of both the defence and the prosecution regarding the grounds for restriction named in section B. The burden of proof is on the prosecutor's office who relies on the grounds for restriction.

C.1.3. If the court finds that granting access to the material evidence does not harm the interests described under section B, it will permit the prosecutor's office who holds in its possession the material evidence within the meaning of section A to grant access to the material evidence. Should the prosecutor's office still fail to do it, the court will exercise one of the two following options:

- (a) it will order the prosecutor's office to disclose to the defence the material evidence within the meaning of section A; or

(b) should the prosecutor's office continue to refuse, impose a prohibition on the assessment of the concealed evidence.

C.1.4. If granting access to the material evidence named under section A endangers the legal rights under point B, the court must establish the balance between the competing interests, restricting the rights of an individual to the necessary minimum. When restricting the right to access the case material, the court must take into account the principles set out under section B. The court must also assess the possible consequences of the disclosure of the evidence specified under section A.

C.1.4.1. If the court has ascertained that a consequence defined in section B.1 will arrive by guaranteeing the right described in section A, the court will, having regard to the particulars of the case, apply balancing measures. The right to access case materials may be restricted to a necessary minimum. The necessary minimum means that the balancing measures must be applied in the order of increasing interference with the defence lawyer's independent exercise of the right to access case materials. The defence lawyer will have the most success if the performance of his or her functions does not depend on any intermediaries.

C.1.5. If the material evidence which the defence requests access contains information linked to an overriding interest described in section B.1, that information must be separated and concealed from the remaining evidence. The court must make sure that only such parts of the evidence which require protection are concealed. After the required parts of the evidence are concealed, the corresponding material evidence must be released to the defence.

C.1.5.1. If the material subject to restriction on access contains information that is predominantly linked to overriding interests, so that granting partial access becomes impossible, the said measure should be abandoned. The court must consider whether partial access is sufficient in the interests of the right to access case material as to be able to stand against the arguments of the prosecutor's office (the equality of arms). If partial access does not provide sufficient protection for an interest described in section B.1 or becomes ineffectual for securing the right to access case materials, one must act as follows.

C.1.6. If granting the defence lawyer partial and direct access to the surveillance material becomes ineffectual, the lawfulness of *ex officio* surveillance must be scrutinised.

C.1.6.1. For the measure to be most effective in order to achieve the goals set out in Directive B, the court must not be satisfied with scrutinising the lawfulness of the surveillance activities only. If necessary, the truth, reliability and quality of the contents of the surveillance report must also be assessed.

C.1.6.2. The court will set out its findings in the minutes of the hearing as precisely and thoroughly as possible. The findings disclosed by the court must permit the defence lawyer to assess the lawfulness of the preventive measure—only then is the balancing measure sufficiently effective.

My recommendation for the Estonian government would be the correct transposition of the directive, as it has been done in Poland and Spain (and Hungary). The experience of those countries shows that the disclosure of materials should not be something to be afraid of and it benefits the rule of law. Until the Estonian government has not transposed the directive, it will continue to have direct effect. Although Estonian national law does not specify the role of a special advocate, the creation of such an institution is worthy of considering. It can be modelled on the special advocates of ICC where they develop the most suitable solution for the defence in cooperation with the court. The institution of special advocate would comply with the Article 7 test if this measure was used as a last resort.

KASUTATUD ALLIKAID

EESTI ÕIGUSKIRJANDUS

1. Aas, N. Eesti prokuratuurisüsteem rahvusvaheliste standardite valguses, *Juridica* 8/2011.
2. Aule, K. Riigisaladus - kas „salajane õigus?“, *Juridica* 5/2002.
3. Ernits, M. jt. Eesti Vabariigi põhiseadus. Kommenteeritud väljaanne. 4., täiend. vlj. Tallinn: Juura, 2017.
4. Evestus, S. Jälitustegevuse kohtulikust kontrollist 2015. aastal, *Kohtute aastaraamat 2015*.
5. Glikman, L. Põhjendamatu sekkumine majandustegevusse ja jälitustegevus, *Juridica* 4/2011.
6. Heger, M. Võistlevad ja inkvisitsioonilised elemendid Euroopa liidu liikmesriikide kriminaalmenetluse seadustikes - väljakutse kriminaalmenetlusõiguse euroopastumise jaoks, *Juridica* 1/2013.
7. Jaanimägi, K. Politsei sisemise rahu tagajana, *Juridica* 7/2004.
8. Kergandberg, E. *Per aspera ad fair trial*, *Juridica* 1/2011.
9. Kruusamäe, M. ja Reinthal, T. Jälitustegevuse kohtulik eelkontroll Eestis, *Kohtupraktika analüüs*, Tartu 2013.
10. Laos, S. Riigi sisejulgeolekut tagava jälitustegevuse eesmärk ja kontroll, *Akadeemia* 2008 nr. 11.
11. Lott, A. Põhiseadusliku korra kaitseks teostatav jälitustegevus Eestis, *Analüüs*, Tartu 2015.
12. Lõhmus, U. Peajoonest kõrvalekalduvaid mõtteid kriminaalmenetluse eesmärgi ja legitiimsuse kohta, *Juridica* 3/2013.
13. Lõhmus, U. Põhiõigustest kriminaalmenetluses, *Juura* 2012.
14. Lõhmus, U. Teabehange tõendina kriminaalmenetluses - Riigikohtu kriminaalkolleegiumi otsus asjas 3-1-1-101-16, *Juridica* 2/2017.
15. Namm, K. Probleemid jälitustegevusega - ühe kaitsja vaatenurk, *Kohtute aastaraamat 2015*.
16. Pikamäe, P. jt. Kriminaalmenetluse seadustiku kommenteeritud väljaanne, *Juura* 2012.
17. Rondel, M. Jälitustoimingutega kogutud andmete töötlemine informatsioonilise enesemääramisõiguse riivena, *Magistritöö*, Tallinn 2016. - Arvutivõrgus: https://www.just.ee/sites/www.just.ee/files/meeli_rondel_magistritoo_konkursile.pdf (02.03.2018).
18. Siinmaa, A. Jälitada või mitte, selles on küsimus. *Kohtute aastaraamat 2015*.
19. Sillaots, M. jt. Kriminaalmenetlus, *Juura* 2006.
20. Sillaots, M. Kaitsja võimalikust rollist ja seisundist Eesti tulevases kriminaalmenetluses, *Juridica* 2/2000.

VÕÕRKEELNE ÕIGUSKIRJANDUS

21. Allegrezza, S. and Covolo, V. The Directive 2012/13/EU on the Right to Information in Criminal Proceedings: *Status Quo* or Step Forward, *European Criminal Procedure law in Service of Protection of the Union Financial Interest: State of Play and Challenges*, Eds. Durdevic, Z., Ivcevic Karas, E. Croatian Association of Criminal Law, 2016.
22. Ambos, K. Confidential Investigations (Article 54(3)(E) ICC Statute) vs. Disclosure Obligations: The Lubanga Case and National Law, *New Criminal Law Review*, Vol 12 No

- 4, 2009. - Arvutivõrgus: <http://www.department-ambos.uni-goettingen.de/data/documents/Veroeffentlichungen/epapers/Confidential%20investigations%20543-568.pdf> (11.04.2018).
23. Ashworth, A. and Redmayne, M. *The Criminal Process*, 4th ed, Oxford 2010.
 24. Ashworth, A. Four Threats to the Presumption of Innocence, *The International Journal of Evidence & Proof*, 10 E&P, 2006. - Arvutivõrgus: <http://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1350/ijep.10.4.241> (13.03.2018).
 25. Ashworth, A. *Human Rights, Serious Crime and Criminal Procedure*, Lodon: Sweet & Maxwell, 2002. - Arvutivõrgus: https://socialsciences.exeter.ac.uk/media/universityofexeter/schoolofhumanitiesandsocialsciences/law/pdfs/Human_Rights_Serious_Crime_and_Criminal_Procedure.pdf (14.03.2018).
 26. Bigo, D. and other, *National Security and Secret Evidence in Legislation and before the Courts: Exploring the Challenges*, CEPS Paper in Liberty and Security in Europe, No. 78/January 2015.
 27. Boas, G. Comparing the ICTY and the ICC: Some Procedural and Substantive Issues, *Netherlands International Law Review*, Vol. 47, Dec. 2000.
 28. Boyne, S. *The German Prosecutor Service: Guardians of the Law?* Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2014.
 29. Brown, D. *Free Market Criminal Justice: How Democracy and Laissez Faire Undermine the Rule of Law*, Oxford University Press 2016.
 30. Caenegem, W. *Advantages and Disadvantages of the Adversarial System in Criminal Proceedings*, Bond University Law Faculty Publications 1999.
 31. Cassese, A. and others. *International Criminal Law: Cases & Comments*, Oxford University Press 2011
 32. Dijk, P. and others. *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 5. Ed, Intersentia Ltd 2018.
 33. Duff, A. and others. *The Trial on Trial. Towards a Normative Theory of the Criminal Trial*, Vol. 3, Hart Publishing 2007.
 34. Ezioni, L. *The Tension between Due Process of Law and Counter-Terrorist Measures During the Initial Stages of Criminal Procedure*, *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 2, Issue 2, 2014.
 35. Federico, G. Di and Sapignoli, M. *Processo penale e diritti della difesa*, Roma 2002, p 16; G. Di Federico, 'Il pubblico ministero: indipendenza, responsabilita, carriera separata', in G. Di Federico, ed, *Manuale di Ordinamento Giudiziario*, Padova 2004, Lk 415 - 453, p 435. (Viidatud: Montana, R. *Adversarialism in Italy: Using the concept of legal culture to understand resistance to legal modifications and its consequences*, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 20(1), 2012, Lk 110).
 36. Fiori, B. M. *Disclosure of Information in Criminal Proceedings: a Comparative Analysis of National and International Criminal Procedural Systems and Human Rights Law*, PhD Thesis, University of Groningen, WLP 2015.
 37. Georgiadis, E. *The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Leuven, Jan 2016. - Arvutivõrgus: https://www.academia.edu/26559912/The_accession_of_the_European_Union_to_the_European_Convention_on_Human_Rights?ends_sutd_reg_path=true (12.04.2018).
 38. Goold, B. J. and others. *Public Protection, Proportionality, and the Search for Balance*, *Mistry of Justice Research Series* 10:7, 2007.
 39. Grande, E. *Italian Criminal Justice: Borrowing and Resistance*, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 48, No. 2, Oxford University Press 2000.

40. Harten, G. *Charkaoui* and Secret Evidence, *The Supreme Court Law Review: Osgoode's Annual Constitutional Cases Conference*, Vol 42, 2008.
41. Hert, P. Balancing Security and Liberty within the European Human Rights Framework. A Critical Reading of the Court's Case Law in the Light of Surveillance and Criminal Law Enforcement Strategies after 9/11, *Utrecht Law Review*, Vol. 1, Issue 1, Sept. 2005.
42. Hodgson, J. The Detention and Interrogation of Suspects in Police Custody In France: a Compative Account, *European Journal of Criminology*, Vol. 1 (2), 2004.
43. Hodgson, J. The Role of the Criminal Defence Lawyer in Adversarial and Inquisitorial Procedure, *The University of Warwick*, Nov. 2009.
http://www.jblearning.com/samples/0763731692/sample_chapter_7.pdf (12.03.2018).
44. Ip, J. The Rise and Spread of the Special Advocate, *University of Auckland*, Jul 2008. - Arvutivõrgus: <https://ssrn.com/abstract=1292537> (09.04.2018).
45. Jackson, J. D. and Summers, S. J. *The Internationalisation of Criminal Evidence: Beyond the Comon Law and Civil Law Traditions*, Cambridge University Press 2012.
46. Jalloh, C. C. Equality of Arms in International Criminal Law: Continuing Challenges, *Legal Studies Research Paper Series No. 2013-28*, University of Pittsburgh Sept. 2013.
47. Jörg, N. and others. Are Inquisitorial and Adversarial Systems Converging?, In: Harding, Christopher, Fennell, Philip William Hugh, Jörg, Nico and Swart, Bert eds. *Criminal Justice in Europe: A Comparative Study*, Oxford: Clarendon Press 1995.
48. Klamberg, M. *Commentary on the Law of the International Criminal Court*, Torkel Opsahl Academic EPublisher Brussels 2017. - Arvutivõrgus: <https://www.legal-tools.org/doc/aa0e2b/pdf/> (10.03.2018).
49. Klamberg, M. *Evidence in International Criminal trial: Confronting Legal Gaps and the Reconstruction of Disputed Events*, Martinus Nijhoff Publishers, 2013.
50. Klip, A. *European Criminal Law: an Integrative Approach*, 3 rd ed, Cambridge - Antwerp - Poland, Intersentia 2016.
51. Lord Justice Gross, The Rt Hon. Review of Disclosure in Criminal Proceedings, *Judiciary of England and Wales*, Sept 2011. - Arvutivõrgus: <https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/JCO/Documents/Reports/disclosure-review-september-2011.pdf> (01.04.2018).
52. Packer, H. L. Two Models of the Criminal Process, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 113 No. 1 Nov. 1964. - Arvutivõrgus:
53. Pitcher, K. *Judicial Responses to Pre-Trial Procedural Violations in International Criminal Proceedings*, International Criminal Justice Series, Vol. 16, Asser Press and Springer 2018.
54. Puyenbroeck, L. and Vermeulen, G. Towards Minimum Procedural Guarantees for The Defence in Criminal Proceedings in the EU, *ICLQ* vol 60, Oct 2011. - Arvutivõrgus: <https://biblio.ugent.be/publication/2058043/file/6768340> (12.04.2018).
55. Quirk, H. The significance of Culture in criminal procedure reform: Why the revised disclosure scheme cannot work, *The International Journal of Evidence & Proof* 10, 2006.
56. Ringnalda, A. Inquisitorial or Adversarial? The Role of the Scottish Prosecutor and Special Defences, *Utrecht Law Review*, Vol. 6, Issue 1, Jan. 2010.
57. Sanders, A. and others. *Criminal Justice*, 4th ed, Oxford University Press 2010.
58. Schabas, W. *The International Criminal Court: A Commentary of the Rome Statute*, Oxford Universiry Press 2010.
59. Sidhu, O. *The Concept of Equality of Arms in Criminal Proceedings under Article 6 of the European Convention on Human Rights*, 1.st ed. Intersentia Ltd March 2017.
60. Smith, A. Can You Be a Good Person and a Good Prosecutor, 14 *Geo. J. Legal Ethics*, 2001. - Arvutivõrgus: <https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.ee/&httpsredir=1&article=1891&context=facpub> (12.03.2018).

61. Soo, A. Divergence of European Union and Strasbourg Standards on Defence Rights in Criminal Proceedings? *Ibrahim and others v. The UK* (13th of September 2016), *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol 25 Issue 4, 2017
62. Sullivan, J. Closed Material Procedures and the Right to a Fair Trial, *Maryland Journal of International Law*, Vol 29 (12), 2014. - Arvutivõrgus: <http://digitalcommons.law.umaryland.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1620&context=mji> 1 (09.04.2018).
63. Thaman, S. C. The Exclusionary Rule, K.B. Brown and D.V. Snyder (eds.), *General Reports of the XVIIIth Congress of the International Academy 657 of Comparative Law*, Springer Science Business Media B.V. 2012. -Arvutivõrgus: <http://ebooks.narotama.ac.id/files/General%20Reports%20of%20the%20XVIIIth%20Congress%20of%20the%20International%20Academy%20of%20Comparative%20Law/29.%20The%20Exclusionary%20Rule.pdf> (01.03.2018).
64. Thommen, M. and Samadi, M. The Bigger the Crime, the Smaller the Chance of a Fair Trial? Evidence Exclusion in Serious Crime Cases Under Swiss, Dutch and European Human Rights Law, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 24, 2016.
65. Triffterer, O. Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, C. H. Beck - Hart - Nomos, 2. nd ed, 2008.
66. Tsagkalidis, A. Directive 2012/13/EU on the Right to Information in Criminal Proceedings, ERA, Krakow 02.03.2017, Lk 1.
67. Weigend, T. Should We Search for the Truth, and Who Should do it?, *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, Vol. 36 Nr. 2, 2011.

EESTI ÕIGUS

ÕIGUSAKTID

68. Eesti Vabariigi põhiseadus - RT I, 15.05.2015, 2.
69. Kriminaalmenetluse seadustik - RT I, 07.07.2017, 7.
70. Riigisaladuse ja salastatud välisteabe seadus - RT I, 05.05.2017, 5.
71. Julgeolekuasutuste seadus - RT I, 05.05.2017, 2.
72. Politsei ja piirivalve seadus - RT I, 06.07.2017, 6.
73. Vabariigi Valitsuse määrus 20.12.2007 nr. 262 „Riigisaladuse ja salastatud välisteabe kaitse kord” - RT I, 28.06.2017, 56.
74. Isikuandmete kaitse seadus - RT I, 06.01.2016, 10.
75. Avaliku teabe seadus - RT I, 04.07.2017, 11.
76. Prokuratuuriseadus - RT I, 28.12.2017, 13.

RIIGIKOHTU OTSUSED JA MÄÄRUSED

77. RKKKm 14.11.2005, 3-1-1-125-05.
78. RKKKo 26.03.2009, 3-1-1-5-09.
79. RKKKo 26.05.2010, 3-1-1-22-10.
80. RKKKo 28.04.2011, 3-1-1-31-11.
81. RKKKm 01.02.2012, 3-1-1-105-11.

82. RKKKo 21.05.2012, 3-1-1-31-12.
83. RKKKo 11.04.2013, 3-1-2-1-13.
84. RKKKo 18.04.2013, 3-1-1-30-13.
85. RKPJKo 20.03.2014, 3-4-1-42-13.
86. RKKKo 30.06.2014, 3-1-1-14-14.
87. RKKKm 04.05.2016, 3-1-1-110-15.
88. RKKKm 21.06.2016, 3-1-1-19-16.
89. RKKKo 05.12.2016, 3-1-1-79-16.
90. RKKKm 08.03.2017, 3-1-1-117-16.
91. RKKKm 17.04.2017, 3-1-1-1-17.
92. RKKKm 22.05.2017, 3-1-1-25-17.
93. RKKKm 01.06.2017, 3-1-1-27-17.
94. RKKKo 14.12.2017, 1-17-7077/14.

SUURBRITANNIA ÕIGUS

ÕIGUSAKTID

95. Criminal Procedure and Investigations Act 1996 (section 23(1)) Code of Practice.
96. Attorney General's Guidelines on Disclosure For investigators, prosecutors and defence practitioners Dec 2013. - Arvutivõrgus: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/262994/AG_Disclosure_Guidelines_-_December_2013.pdf (01.04.2018).
97. Terrorism Prevention and Investigation Measures Act 2011, c. 23. (*TPIMA 2011*). - Arvutivõrgus: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2011/23/schedule/4> (09.04.2018)

KOHTUPRAKTIKA

98. *R. vs. H and C* (2004) UKHL 3 (2004) 2 Cr. App. R. 10.
99. *Regina vs. Jan Jisl and others* (2004) EWCA Crim 696.
100. *Her Majestys's Advocate vs. AM, JM* (2016) HCJAC 34.
101. *Regina vs. Jonathan Embleton* (2016) EWCA Crim 1968.

SUPRANATSIONAALNE ÕIGUS

ÕIGUSAKTID

102. Charter of Fundamental Rights of the European Union - OJ 2012, C 362/02.
103. Directive 2012/13/EU on 22 May 2012 on the right to information in criminal proceedings - OJ 2012, L 142/1.
104. European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms - Rome, 4. XI. 1950.

105. The Rome Statute of the ICC 01.07.2002. - Arvutivõrgus: https://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/ea9aef7-5752-4f84-be94-0a655eb30e16/0/rome_statute_english.pdf (11.04.2018).
106. Rules of Procedure and Evidence of the ICC 10.09.2002 (ICC-ASP/1/3 and Corr.1), part II.A. - Arvutivõrgus: <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/pids/legal-texts/rulesprocedureevidenceeng.pdf> (11.04.2018).

EUROOPA KOHTULAHENDID

107. C-136/04, 24.11.2005, *Deutsches Milch-Kontor GmbH vs. Hauptzollamt Hamburg-Jonas*.
108. C-403/05 PPU, 23.12.2009, *Jasna Detiček vs. Maurizio Sgueglia*.
109. C-300/11, 04.06.2013, *ZZ vs. Secretary State for the Home Department*.

EUROOPA INIMÕIGUSTE KOHTULAHENDID

110. EIKo 18.06.1971, *De Wilde, Ooms and Versyp vs. Belgium*
111. EIKo 06.09.1978, *Klass and others vs. Germany*.
112. EIKo 19.12.1989, *Kamasinski vs. Austria*.
113. EIKo 26.03.1996, *Doorson vs. The Netherlands*.
114. EIKo 15.11.1996, *Chahal vs. The United Kingdom*.
115. EIKo 23.04.1997, *Van Mechelen and others vs. The Netherlands*.
116. EIKo 16.02.2000, *Jasper vs. The United Kingdom*. Along with Dissenting Opinions of Judges Palm, Fischbach, Vajič, Thomassen, Tsatsa-Nikolovska, Traja, Zupančič and Hedigan.
117. EIKo 16.02.2000, *Rowe and Davis vs. The United Kingdom*.
118. EIKo 16.02.2000, *Fitt vs. The United Kingdom*. Along with Dissenting Opinions of Judges Palm, Fischbach, Vajič, Thomassen, Tsatsa-Nikolovska, Traja, Zupančič and Hedigan.
119. EIKo 13.02.2001, *Garcia Alva vs. Germany*
120. EIKo 13.02.2001, *Schöps vs. Germany*.
121. EIKo 25.12.2001, *P.G. and J.H. vs. The United Kingdom*
122. EIKo 09.01.2003, *Shishkov vs. Bulgaria*
123. EIKo 15.07.2003, *Ernst and others vs. Belgium*.
124. EIKo 27.10.2004, *Edwards and Lewis vs. The United Kingdom*.
125. EIKo 29.06.2006, *Weber and Saravia vs. Germany*.
126. EIKo 06.02.2008, *Chrušcinski vs. Poland*.
127. EIKo 13.03.2008, *Dagtekin and others vs. Turkey*.
128. EIKo 19.02.2009, *A. and others vs. the United Kingdom*.
129. EIKo 05.06.2009, *Mirilashvili vs. Russia*.
130. EIKo 30.06.2009, *Natunen vs. Finland*.
131. EIKo 18.05.2010, *Kennedy vs. The United Kingdom*.
132. EIKo 04.01.2012, Admissibility Decision of *Gül vs. Germany*.
133. EIKo 06.03.2012, *Leas vs. Eesti*.
134. EIKo 10.12.2013, Admissibility Decision of *E. Junior vs. Germany*.
135. EIKo 02.02.2014, *Ovsjannikov vs. Eesti*.
136. EIKo 07.07.2015, *Veretco vs. The Republic of Moldova*.

137. EIKo 23.10.2015, *Galambos vs. Hungary*.
138. EIKo 03.02.2016, *Mikelsons vs. Latvia*.
139. EIKo 14.03.2016, *Sher and others vs. The United Kingdom*.
140. EIKo 19.04.2016, *Albrechtas vs. Lithuania*.
141. EIKo 08.11.2016, *Savisaar vs. Eesti*.
142. EIKo 01.02.2018, *Asani vs. The Former Yugoslav Republic of Macedonia*.

RAHVUSVAHELISE KRIMINAALKOHTU LAHENDID

143. ICC - 01/04-01/06, *The Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Final System of Disclosure and the Establishment of a Timetable. - Arvutivõrgus: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2006_02355.PDF (10.03.2018).
144. ICC - 01/05-01/08, *The Prosecutor vs. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Decision of the Evidence Disclosure System and Setting a Timetable for Disclosure between the Parties. - Arvutivõrgus: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2008_04348.PDF (10.03.2018).
145. ICC - 01/05-01/08, *The Prosecutor vs. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Decision on the Postponement of the Confirmation Hearing. - Arvutivõrgus: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2008_07462.PDF (10.03.2018).
146. ICC-01/04-01/06 OA 13, *The Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo*, Situation in the Democratic Republic of the Congo, Judgement on the Appeal of the Prosecutor against the decision of Trial Chamber I entitled "Decision on the consequences of non-disclosure of exculpatory materials covered by Article 54(3)(e) agreements and the application to stay the prosecution of the accused, together with certain issues raised at the Status Conference on 10 June 2008". - Arvutivõrgus: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2008_05884.PDF (11.04.2018).
147. ICC-01/04-01/07, *The Prosecutor vs. Germain Kataganda*, Situation in the Democratic Republic of the Congo, Judgement on the appeal of the Prosecutor against the decision of Pre-trial Chamber I entitled "First Decision on the Prosecution Request for Authorisation to Redact Witness Statements". - Arvutivõrgus: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2008_02445.PDF (11.04.2018).

MUU MATERJAL

148. American Bar Association Standards Relating to the Administration of Criminal Justice, 3 ed, 1992. - Arvutivõrgus: http://www.jblearning.com/samples/0763731692/sample_chapter_7.pdf (12.01.2018).
149. Asociación Pro Derechos Humanos de España, The practice of Pre-Trial Detention in Spain, Research report, Oct 2015. - Arvutivõrgus: https://www.fairtrials.org/wp-content/uploads/18j.-Spain-Country-Report_English.pdf (10.04.2018).
150. C. G-J Diez and others, The situation in Spain in relation to access to the case file, Corporate Defense, 10.09.2015. - Arvutivõrgus: <https://www.fairtrials.org/wp-content/uploads/Annex-II-ES-statement.pdf> (10.04.2018).
151. Dr B. Csire, The situation in Hungary in relation to access to the case file, Research report, Budapest 09.10.2015. - Arvutivõrgus: <https://www.fairtrials.org/wp-content/uploads/Annex-IV-HU-statement.pdf> (10.04.2018).

152. Fair Trials, Opinion of Fair Trials on Article 7 of Directive 2012/13/EU and § 34¹ lg 3 of the Estonian Code of Criminal Procedure. - Arvutivõrgus: https://www.fairtrials.org/wp-content/uploads/151012_Opinion_FINAL-2.pdf (12.04.2018).
153. House of Commons Constitutional Affairs Committee, The operation of the Special Immigration Appeals Commission (SIAC) and the use of Special Advocates, Seventh Report of Session 2004-05, Vol 1, HC 323-I. - Arvutivõrgus: <https://publications.parliament.uk/pa/cm200405/cmselect/cmconst/323/323i.pdf> (06.04.2018).
154. Kriminaalmenetluse seadustiku ja teiste seadustemuutmise seaduse eelnõu seletuskiri 295 – seisuga 01.01.2013. – Arvutivõrgus: <http://www.riigikogu.ee/download/1cb3dcb1-6338-46d9-ae32-8c71e77876ec> (21.02.2018).
155. Legal Experts Advisory Panel Survey Report: Access to the Case File, March 2015. - Arvutivõrgus: <https://www.fairtrials.org/wp-content/uploads/Access-to-file-report-FINAL.pdf> (12.04.2018).
156. PhD W. Jasinski, Polish Criminal Process After the Reform, Helsinki Foundation for Human Rights, Warsaw June 2015. - Arvutivõrgus: http://www.hfhr.pl/wp-content/uploads/2015/07/hfhr_polish_criminal_process_after_the_reform.pdf (09.04.2018).
157. Seletuskiri 266 SE SK kriminaalmenetluse seadustiku ja riigisaladuse ja salastatud välisteabe seaduse muutmise seaduse eelnõu juurde - algatatud 13.06.2016. - Arvutivõrgus: <https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/abec04f4-b48e-43f5-aa1c-a4eb505ba9c0/Kriminaalmenetluse%20seadustiku%20ja%20riigisaladuse%20ja%20salastatud%20välisteabe%20seaduse%20muutmise%20seadus> (14.03.2018).
158. Statement of Helsinki Foundation for Human Rights, The situation in Poland in relation to access to the case file, Research report, Warsaw 09.10.2015. - Arvutivõrgus: <https://www.fairtrials.org/wp-content/uploads/Annex-III-PL-statement.pdf> (09.04.2018).
159. STC 13/2017. - Arvutivõrgus: <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/25234> (09.04.2018). (Viidatud: Cautious Openness: The Spanish Constitutional Courts's Approach to EU Law in Recent National Case Law - European Law Blog 07.07.2017. - Arvutivõrgus: <http://europeanlawblog.eu/2017/06/07/cautious-openness-the-spanish-constitutional-courts-approach-to-eu-law-in-recent-national-case-law/> (09.04.2018).
160. The Secretary of State for the Home Department of the Departmental Committee on Identification in Criminal Cases, HC 338, 1976. - Arvutivõrgus: <https://www.physics.smu.edu/pseudo/Eyewitness/DevlinReport.pdf> (13.03.2018).
161. US Supreme Court 13.05.1963, *Brady vs. Maryland*, 373 U.S. 83. - Arvutivõrgus: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/373/83/case.html#87>(18.04.2018).

LISA 1. KASUTATUD LÜHENDID

ÕIGUSAKTIDE JA KOHTULAHENDITE LÜHENDEID

EESTI

o - otsus

m - määrus

KrMS - kriminaalmenetluse seadustik

RSVS - riigisaladuse ja salastatud välisteabe seadus

IKS - isikuandmete kaitse seadus

AvTS - avaliku teabe seadus

PS - Eesti Vabariigi põhiseadus

JAS - julgeolekuasutuste seadus

ProKS - prokuratuuriseadus

RKKK - Riigikohtu kriminaalkolleegium

RKPJK - Riigikohtu põhiseaduslikkuse järelevalve kolleegium

MUU

EIÕK - Euroopa inimõiguste ja põhivabaduste kaitse konventsioon

Harta - Euroopa Liidu põhiõiguste harta

Direktiiv - Euroopa Parlamendi ja Nõukogu 22.05.2012 direktiiv 2012/13/EL, mis käsitleb õigust informatsioonile kriminaalmenetluses

RS - The Rome Statute of International Criminal Court/ Rahvusvahelise kriminaalkohtu statuut

RPE - Rules of Procedure and Evidence of the International Criminal Court/ Rahvusvahelise kriminaalkohtu menetluse ja tõendamise kord

CPIA - Criminal Procedure and Investigations / kriminaalmenetluse- ja uurimise akt

TPIMA - Terrorism Prevention and Investigation Measures Act/ terrorismi preventsiooni ning uurimismeetme akt

UK justiitsministri juhised - Attorney General's Guidelines on Disclosure For investigators, prosecutors and defence practitioners Dec 2013/ Justiitsministri 2013. a detsembri materjali avaldamise juhiseid uurijatele, prokuröridele ning kaitsjatele

INSTITUTSIOONIDE LÜHENDEID

EK - Euroopa Kohus

EIK - Euroopa Inimõiguste Kohus

ICC - International Criminal Court/ Rahvusvaheline Kriminaalkohus

PPA - Politsei ja Piirivalveamet

SIAC - Special Immigration Appeals Commission/ Immigratsiooni Apellatsioon Erikomisjon

Lihtlitsents lõputöö reprodutseerimiseks ja lõputöö üldsusele kättesaadavaks tegemiseks

Mina, Janar Pilve, annan Tartu Ülikoolile tasuta loa (lihtlitsentsi) enda loodud teose

**KAITSJA JUURDEPÄÄS KRIMINAALMENETLUSLIKU JÄLITUSTEGEVUSEGA
KOGUNENUD MATERJALILE EESTI KOHTUEELSES MENETLUSES - MIDA NÕUAB
DIREKTIIV 2012/13/EL?**

mille juhendaja on Anneli Soo,

- 1.1.reprodutseerimiseks säilitamise ja üldsusele kättesaadavaks tegemise eesmärgil, sealhulgas digitaalarhiivi DSpace-is lisamise eesmärgil kuni autoriõiguse kehtivuse tähtaja lõppemiseni;
- 1.2.üldsusele kättesaadavaks tegemiseks Tartu Ülikooli veebikeskkonna kaudu, sealhulgas digitaalarhiivi DSpace'i kaudu kuni autoriõiguse kehtivuse tähtaja lõppemiseni.
2. olen teadlik, et punktis 1 nimetatud õigused jäävad alles ka autorile.
3. kinnitan, et lihtlitsentsi andmisega ei rikuta teiste isikute intellektuaalomandi ega isikuandmete kaitse seadusest tulenevaid õigusi.

Tartus 23.04.2018