

## MARKO KAIRJAK

Keerukuse redutseerimine Eesti õiguses  
karistusseadustiku § 217<sup>2</sup> objektiivse  
koosseisu relatiivsete õigismõistete  
sisustamise näitel



DISSERTATIONES IURIDICAE UNIVERSITATIS TARTUENSIS

**51**

## **MARKO KAIRJAK**

Keerukuse redutseerimine Eesti õiguses  
karistusseadustiku § 217<sup>2</sup> objektiivse  
koosseisu relatiivsete õigusmõistete  
sisustamise näitel

Tartu Ülikooli õigusteaduskond

TÜ õigusteaduskonna nõukogu 19. detsembri 2014 otsusega on Marko Kairjaki väitekirjale lubatud kaitsmisele *filosoofiadoktori* (PhD) (õigusteadus) kraadi taotlemiseks TÜ õigusteaduskonna doktorikraadide kaitsmise komisjonis

Juhendajad: Prof. Jaan Sootak  
Prof. Irene Kull

Oponendid: Prof. Dr. Dr. Dr. h.c. mult. Werner Krawietz (Münsteri Ülikool)  
Dr. iur. Paavo Randma (Tartu Ringkonnakohus)

Kaitsmise aeg: 18. veebruaril 2015 kell 14.15 Iuridicum II-s  
Näituse tn. 13a aud. 201

Väitekirja trükkimist toetas TÜ õigusteaduskond

ISSN 1406-6394  
ISBN 978-9949-32-749-2 (trükk)  
ISBN 978-9949-32-750-8 (pdf)

Autoriõigus: Marko Kairjak, 2015

Tartu Ülikooli Kirjastus  
[www.tyk.ee](http://www.tyk.ee)

# SISUKORD

SISSEJUHATUS.....	7
1. Tsiviilõiguslike mõistete sisustamine KarS-s.....	14
1.1. Tsiviilõiguslike mõistete sisustamise tõlgendusvormelid.....	14
1.2. Tsiviilõiguslike relatiivmõistete sisustamine KarS senises tõlgenduspraktikas.....	18
1.2.1. Omandi- ja varamõiste.....	18
1.2.2. Mõiste <i>valdus</i> .....	23
1.3. Õigusriigi põhimõttest tulenevad tõlgenduskaalutlused.....	25
1.3.1. Õigusselguse põhimõte.....	25
1.3.2. Süsteemne koherentsus.....	30
1.3.2.1. Õigusharude kui süsteemide erinevad ülesanded.....	30
1.3.2.2. Süsteemide omavahelisi suhteid puudutavad põhimõtted.....	32
1.3.2.3. Subsidiaarsus ja varamõiste.....	37
1.3.2.4. Õiguskorra ühtsus.....	41
1.3.2.5. Subsidiaarsuse ja õiguskorra ühtsuse preskriptiivne iseloom.....	42
1.4. Vahekokkuvõte.....	46
2. Mõiste <i>kohustus</i> KarS § 217 <sup>2</sup> objektiivses koosseisus.....	48
2.1. Varaliste huvide järgimise kohustus.....	48
2.1.1. Tsiviilõiguslik vastandmõiste.....	48
2.1.2. Mõiste varaliste huvide järgimise kohustus sisustamine Saksamaa StGB § 266 näitel.....	50
2.1.2.1. Probleemi piiritlemine.....	50
2.1.2.2. Mõiste elementide abstraktne sisustamine.....	52
2.1.2.3. Mõiste konkreetne sisustamine – enamjaolt kasualistlik lähenemine.....	54
2.1.2.4. Võimalik vastuolu määratletuspõhimõttega.....	59
2.1.2.5. Käsund kui kristalliseerimispunkt.....	61
2.1.3. Mõiste varaliste huvide järgimise kohustus sisustamine Fraud Act 2006 art 4 näitel.....	64
2.1.4. Mõiste varaliste huvide järgimise kohustus võimalik sisustamine KarS § 217 <sup>2</sup> puhul.....	66
2.2. Mõiste <i>kohustus</i> ärakasutamiskoosseisus.....	68
2.2.1. Kohustuse kui koosseisutunnuse koht KarS § 217 <sup>2</sup> deliktstruktuuris.....	68
2.2.2. Mõiste kohustus ärakasutamiskoosseisu koosseisuelemendina.....	72
2.3. Vahekokkuvõte.....	76
3. Mõiste <i>tehing</i> KarS § 217 <sup>2</sup> lg 1 ärakasutamiskoosseisus.....	77
3.1. Toimepanija ja kannatanu vahelise sise- ning välissuhte eristamine ...	77
3.2. Koosseisupärane tegu – ärakasutamisseisundi ärakasutamine tehinguga.....	79

3.3. RKKKo 3-1-1-100-09 tehingu mittesiduvuse kriteerium – karistusõigusautonoomne tehingumõiste? .....	82
3.3.1. Tehingumõiste tugevalt või piiratult tsiviilõigusaktssesoorne sisustamine .....	82
3.3.2. Siduvus ja kehtivus tsiviilõigusliku tehingumõiste puhul .....	86
3.3.3. Karistusõigusautonoomne tehingumõiste – KarS § 202 eeskju .....	90
3.4. Karistusõigusautonoomse tehingumõiste põhjendatus KarS § 217 <sup>2</sup> sisustamisel .....	94
3.4.1. Kriminaalpoliitilised argumendid .....	94
3.4.2. Süstemaatilised argumendid .....	95
3.5. Vahekokkuvõte .....	98
4. Koosseisutunnus ebaseaduslik rikkumine .....	100
4.1. Rikkumine kui koosseisutunnus usalduse kuritarvitamise alamkoosseisudes .....	100
4.2. Mõiste <i>rikkumine</i> sisustamine juhtorgani liikme üldise hoolsuskohustuse näitel .....	102
4.3. Olulisuse nõue üldise hoolsuskohustuse rikkumise puhul .....	107
4.3.1. Hoolsuskohustuse rikkumise n-õ keeruliste juhtumite puhul ..	107
4.3.2. Rikkumise olulisuse nõue kui võimalik lahendus .....	111
4.4. Mõiste <i>rikkumine</i> sisustamine: range tsiviilõigusaktssesoorus, asümmeetriline aktsesoorus või karistusõigusautonoomne tõlgendus .....	115
4.4.1. Asümmeetriline tsiviilõigusaktssesoorus ja varjatud karistusõigusautonoomsus .....	115
4.4.2. Range tsiviilõigusaktssesoorus .....	119
4.5. Objektivne omistamine .....	122
4.6. Vahekokkuvõte .....	126
KOKKUVÕTE .....	127
SUMMARY .....	131
1. Introduction .....	131
2. Interpretation of civil law notions in criminal law .....	134
3. Notion of obligation within Section 217 <sup>2</sup> .....	141
4. The notion of transaction in the sub offence of abuse .....	149
5. The notion of breach of obligations .....	156
6. Final remarks .....	161
KASUTATUD LÜHENDID .....	163
KASUTATUD KIRJANDUS .....	164
KASUTATUD ÕIGUSAKTID .....	170
KASUTATUD KOHTUPRAKTIKA .....	171
ELULOOKIRJELDUS .....	173
CURRICULUM VITAE .....	175

# SISSEJUHATUS

## A. Ülevaade uurimisprobleemi olemusest

15.03.2007. a jõustunud muudatustega kehtestati karistusseadustiku (edaspidi: KarS) varavastaste süütegude peatükis uue koosseisuna §-s 217<sup>2</sup> usalduse kuritarvitamise koosseis. Koosseis asendas kriminaalkoodeksi §-s 161 ja alates 2002. a KarS §-s 289 sätestatud ametiseisundi ärakasutamise koosseisu. 15.03.2007. a jõustunud KarS muudatustega tunnistati senine KarS § 289 kehtetuks, uus – olemuselt täies ulatuses varavastane süütegu – sarnanes vastavate koosseisudega Saksa, Austria ja Šveitsi karistusseadustikus.

Karistusseadustiku § 217<sup>2</sup> usalduse kuritarvitamise koosseis koosneb kahest alamkoosseisust: usalduse murdmine ja ärakasutamine. Usalduse murdmise koosseis kriminaliseerib teise isiku varaliste huvide järgimise kohustuse rikkumise, kui sellega on põhjustatud suur varaline kahju. Teokirjelduselt kitsam ärakasutamiskoosseis kriminaliseerib teise isiku vara käsutamise või kohustuse võtmise õiguse ebaseadusliku ärakasutamise, kui rikkumisega on põhjustatud suur varaline kahju. KarS § 217<sup>2</sup> koosseisu sõnastus on märkimisväärse abstraktsusastmega, kirjeldades küll rikkumise viisi, ent jättes keelatu täpselt defineerimata.

Mõlema alamkoosseisu sõnastused sisaldavad õigusmõisteid, mis enamjaolt kuuluvad tsiviilõiguslikku mõistekasutusse või vähemalt omavad sellega selget puutumust: *kohustus, käsutamise ja kohustuse võtmise õigus, kahju ja kohustuse rikkumine*. KarS ei anna ühelegi nimetatud mõistete eraldi definitsiooni, mistõttu tuleb nende mõistete sisu anda tõlgendamistegevuse teel. Sellisel juhul on võimalik mõisteid sisustada kas tsiviilõiguslike mõistetega kooskõlas (edaspidi ühtse mõistena: tsiviilõigusaktseessoorsus; sks *Zivilrechtsakzessorietät*) või siis anda mõistetele karistusõigusautonoomne sisu. Kuna selgesõnalist õigusharude vahelist suhestumist määratlevat põhimõtet pole, on tõlgendamisküsimusele vastuse andmise eelduseks piiritleda ja kindlaks määrata õigusharud ning seejärel kirjeldada nendevahelisi seoseid.

## B. Metoodika kirjeldus

Dokoritöö kasutab uurimisprobleemi objektiks oleva tõlgendusküsimuse lahendamiseks süsteemiteooria pakutud metodoloogilist käsitlust, tuginedes teooria ilmselt 20. sajandi mõjukaima esindaja N. Luhmanni käsitlusele süsteemidest ja nendevahelistest suhetest.<sup>1</sup> Luhmanni teooria kohaselt on iga süsteemiteoreetilise analüüsi lähtepunkt süsteemi ja keskkonna eristamine. Piiride

---

<sup>1</sup> Süsteemiteoreetilist lähenemist on põgusalt kajastatud ka eestikeelses õiguskirjanduses, vt H. Schneider. Veelikord süsteemikäsitlusest ja iseorganiseerumisest ühiskonnas. – *Juridica* 2000, 3, lk 139–156. N. Luhmann nimetab ise oma meetodit funktsionaalseks. – N. Luhmann. *Sotsiaalsed süsteemid*. Tallinn, 2009, lk 83–90.

säilitamine on süsteemi säilitamine, süsteem taastoodab ennast läbi eristuse keskkonnast. Oluline on siinkohal see, et keskkond ise ei ole süsteem, kuid igal süsteemil on oma keskkond. Keskkonnas võivad olla ka teised süsteemid.<sup>2</sup> Nii käsib Luhmann *õigust* kui eraldi süsteemi, mis suhtub kõigesse, mis ei ole süsteemi *õigus* osa, kui keskkonda. Keskkonnas asuvad muud süsteemid, nagu *poliitiline süsteem* või *majandus*, on süsteemi *õigus* jaoks käsitatavad keskkonnana.<sup>3</sup>

Edasise analüüsi seisukohalt on esmalt oluline Luhmanni kasutatav autopoieetilise (kasutatud on ka terminit eneseleosutamine) mõiste. Võrreldes varasemate süsteemiteoreetiliste seisukohtadega eitab Luhmann täies ulatuses igasuguseid hierarhilisi suhteid süsteemide vahel (Luhmanni käsitluses seega *süsteemi* ja *keskkonna* vahel). Ükski süsteem ei saa teist kontrollida, süsteem on lõppastmes vaba ise otsustama, kuidas ta reageerib keskkonnast tulevatele signaalidele. Väga sageli võib süsteemi katsele teist süsteemi kontrollida järgneda vastukontroll. Eelnev mõistagi ei tähenda, et süsteemid ei võiks seostuda, muu hulgas ka hierarhiliste suhete kaudu, ent see on seotud süsteemi enda selgete kaalutlustega. Nagu varem viidatud, absoluutseid sõltuvussidemeid ei eksisteeri. Vaid süsteem *õigus* ise saab hinnata reaalsel maailma binaarsuse kaudu – mis on *õigus* ja mis mitte.

Süsteemi ja keskkonna eristus puudutab lisaks seda, kuidas suhestuvad omavahel süsteem ja osasüsteemid. Ka süsteemi osasüsteemid on autopoieetilised ning lähtuvad eristusest süsteemi ja keskkonna vahel.<sup>4</sup> Seega on eraõiguse jaoks lisaks karistusõigusele<sup>5</sup> ja haldusõigusele kui õigusharudele keskkonnana käsitatav ka süsteem *õigus*, mille osasüsteem ta samal ajal on. Sama kehtib karistusõiguse kohta: autopoieetilise (osa)süsteemina taastoodab ta oma elementide kaudu pidevalt iseennast, eristudes taastoodetavate elementide kaudu keskkonnast.<sup>6</sup> Järelikult on karistusõigus vaba otsustama, kas lähtuda oma

---

<sup>2</sup> N. Luhmann. Tallinn, 2009, lk 38–39.

<sup>3</sup> N. Luhmann. *Law as a Social System*. Oxford, 2004, lk 357–423. Vt sissejuhatavalt koos rohkete viidetega sekundaarkirjandusele. – K.-H. Ladeur. *Postmoderne Rechtstheorie. Selbstreferenz-Selbstorganisation-Prozeduralisierung*. Berlin, 1992, lk 107–175.

<sup>4</sup> N. Luhmann. Tallinn, 2009, lk 40, 58–64. N. Luhmann. Oxford, 2004, lk 100.

<sup>5</sup> Siinne töö lähtub eeldusest, et karistusõigus (ja ka teised õigusharud) on koherentne reeglite süsteem, mis on võimeline andma vastuse selle ees esitatavatele küsimustele kohtumenetluse raames. – A. Halpin. *Definition in the Criminal Law*. Oxford, 2004, lk 69. Täieliku täpsuse huvides olgu märgitud, et pigem on siinse töö ese õigusharu mõistesüsteem, mis Luhmanni käsitluse järgi on käsitatav veel eraldiseisva osasüsteemina.

<sup>6</sup> Huvitaval kombel ei pööra Luhmann ise suurt tähelepanu õigusharude omavahelise suhestumise temaatikale, pühendudes teatud määral riigiõiguse enesemääratlusele. Õiguse evolutsiooni on tema hinnangul parem seletada osasüsteemide *kohtud* jne kirjeldamise kaudu. Eelnev on siiski pigem teooriast ülevaate andmise eesmärgil. N. Luhmann. Oxford, 2004, lk 170, 275, 467.

elementide – koosseisutunnuste – sisustamisel tsiviilõigusest või mis tahes muust süsteemist (*õigus* kui terviksüsteem, samuti ka *majandus* kui süsteem)<sup>7</sup> või mitte.

Teise olulise pidepunktina on edasise analüüsi jaoks oluline keerukuse (sks *Komplexität*, ingl *complexity*) mõiste, mis lisaks süsteemi ja keskkonna eristamisele rõhutab elemendi ning seose eristust. Süsteem saab ennast luua vaid oma elementide sisustamise kaudu. Süsteemi keerukust on võimalik defineerida kahel viisil: (a) esmalt, kui ei ole võimalik elemente seostada immanentsete piirangute tõttu iga teise elemendiga igal ajal, (b) teiseks, kui puudub informatsioon, et suuta täielikult hoomata ja kirjeldada oma keskkonda või ennast. Viimane defineerimisviis on eelkõige oluline tähendussüsteemidele, nende hulka kuulub ka *õigus*. Iseenesest aga näitab teine defineerimisviis keerukuse kirjeldamise paradoksaalsust: süsteem ei suuda seda haarata, ent suudab seda kui probleemi siiski kirjeldada. Viidates süsteemide autopoieetilisele võivad süsteemid siiski teineteisega seostuda, et keerukust redutseerida.<sup>8</sup>

Seega on *õigus* käsitav eraldi süsteemina. Süsteem *õigus* koosneb eri osasüsteemidest, mida on võimalik määratleda eraldi süsteemidena nende abstraktsusastme järgi: osasüsteemid *avalik õigus* ja *eraõigus*, mis omakorda jagunevad *karistus-*, *haldus-*, *tsiviil-* ja *menetlusõiguseks*. Siinne töö ei lähtu mingist kindlapiirilisest jaotusest õigusharude vahel, samuti ei ole eelkirjeldatud eristust esile toonud ka Luhmann (nagu varem märgitud, on tema teooria pigem metodoloogilise suunitlusega). Süsteemiteoorias on iga osasüsteem eraldi süsteem, mida tuleb olemuslikult käsitada võrdsena mis tahes süsteemiga: süsteem *karistusõigus* on võrdne süsteemidega *avalik õigus*, *õigus* või *majandus*. Nagu märgitud, ei ole süsteemiteoorias süsteemide vahel mingeid alluvussuhteid. Eelnev võimaldab analüüsida süsteemide *karistusõigus* ja *tsiviilõigus* suhteid neutraalselt ning objektiivselt. Eristades süsteemi *õigus* ja selle kaks osasüsteemi, *tsiviilõigus* ja *karistusõigus*, tekitab relatiivsete õigusemõistete *karistusõigus*-autonoomne tõlgendamine süsteemis *õigus* keerukust, kuna ühele õigusemõistele vastab süsteemis *õigus* kaks eri elementi, mis vajavad täiendavat seostamist tulenevalt küsimusest, mis kontekstis (näitlikustatult: mõiste *kohustus* KarS-s või VÕS-s) need on esitatud. Seega olukord, kus KarS § 217<sup>2</sup> koosseisutunnus *kohustus*, *tehing*, *rikkumine* või *kahju* sisustatakse *karistusõiguse* sees teistmoodi kui *tsiviilõiguses*, tekitab süsteemi *õigus* sees lisakeerukust, kuna näiteks süsteemi *majandus* jaoks võib süsteem *õigus* reageerida mingile probleemile ambivalentselt, sõltuvalt sellest, kas kohaldatakse grammatiliselt identsete mõistete *karistusõiguslikku* või *tsiviilõiguslikku* tähendust. Keerukuse

---

<sup>7</sup> Vt süsteemiteooria rakendamist usalduse kuritarvitamise koosseisule läbi süsteemide *majandus* ja *karistusõigus* suhestumise käsitle. A. Bräunig. *Untreue in der Wirtschaft. Eine funktionale Interpretation des Untreuestrafrechts*, Berlin, 2011. H. Theile. *Konvergenzen und Divergenzen zwischen Gesellschaftsrecht und Strafrecht Das Merkmal der gravierenden Pflichtverletzung (§ 266 StGB) aus systemtheoretischer Sicht.* – *Zeitschrift für die internationale Strafrechtsdogmatik* 2011, 7, lk 618–626.

<sup>8</sup> N. Luhmann. Tallinn, 2009, lk 43, 48, 52. N. Luhmann. *Einführung in die Systemtheorie*. Heidelberg, 2004, lk 100–118, 174.

redutseerimine on seega seostekogumi rekonstrueerimine viisil, millega seoste omavaheline seostumisvõimalus väheneb. Luhmann nendib sarnaselt keerukuse kirjeldamisega ka selle redutseerimise paradoksaalset iseloomu: keerukuse redutseerimine on võimalik uue keerukuse tekke kaudu (struktuuri loomine, millega keerukust vähendada).<sup>9</sup>

KarS § 217<sup>2</sup> eeskujuks on enamjaolt olnud Saksa karistusseadustiku *Strafgesetzbuch* (edaspidi: StGB) § 266. Ka nimetatud koosseis eristab kahte alamkoosseisu, erinevalt Saksa seadusandjast on § 217<sup>2</sup> sõnastuses otsesõnu esitatud negatiivse koosseisutunnusena KarS § 201 (omastamine) esinemine, samuti on koosseisuliseks tagajärjeks suur varaline kahju (käesoleva töö kirjutamise ajal 32 000 eurot).<sup>10</sup> Mõistetavalt seetõttu on siinse töö peamine allikas StGB § 266 puudutav saksakeelne kirjandus. Vältimaks liigset sõltuvust ühe välisriigi õiguskorra dogmaatikast, on töös võimalikult laias ulatuses viidatud ka Šveitsi StGB § 158 puudutavale õiguskirjandusele ja kohtupraktikale. Märkimist väärib tsiviilõigusaktseassoorsust puudutava Šveitsi karistusõigusliku kirjanduse maht, mistõttu lähtub sinne doktoritöö ka dogmaatilistes küsimustes tuntaval määral Šveitsi karistusõigusdogmaatikast. Lisaks eelnevale on mõnevõrra üllatuslikult KarS § 217<sup>2</sup> sarnane koosseis enamvähem samal ajal jõustunud Suurbritannias, mistõttu on kohane viidata ka nimetatud koosseisu puudutavale kirjandusele. Analüüs lähtub eeldusest, et olemuslikult puuduvad *tsiviil-* ja *karistusõiguse* vahel igasugused hierarhilised suhted, ent keerukuse redutseerimiseks süsteemi õigus raames võivad *karistus-* ja *tsiviilõigus* süsteemidena siiski luua põhimõtteid sarnaste mõistete sisustamiseks. Olgugi, et materiaalõigust puudutavates küsimustes suuresti saksakeelsele õigusteooriale keskenduv, lähtub siin esitatud analüüs eelnimetatud süsteemide vahel võimalike põhimõtete määramisel suuresti hoopis 20. sajandi (peamiselt ingliskeelsest) õigusfilosoofiast.

Analüüsis lähtutakse süstemaatilis-teleoloogilisest ja võrdlevast meetodist. N. Luhmanni käsitlus annab edasise analüüsi tarbeks metodoloogilise aluse: *karistus-* ja *tsiviilõigus* on olemuselt sõltumatud süsteemi õigus osasüsteemid ning seega puudub neil kohustus relatiivmõisteid identselt ja/või koherentselt sisustada. Teatud juhtudel võib see olla siiski põhjendatud. Uurimuse raames identifitseeritakse need süsteemile õigus immanentsed (ja eelkõige õiguskindluse põhimõttest tuletatavad) väärtused, mille puhul on põhjendatud keerukust redutseerida selle kaudu, et tsiviilõiguslikele mõistetele karistusõiguses antakse identne tähendus sellega, mis neil samadel mõistetele on tsiviilõiguseski (süstemaatilis-uteloogiline meetod) või lähtutakse nimetatud kaalutluste esiletoomisel sarnaste õigussüsteemide lahendustest (võrdlev meetod).

---

<sup>9</sup> N. Luhmann. Tallinn, 2009, lk 50.

<sup>10</sup> Vabariigi Valitsuse 10.01.2013. a määrus „Töötasu alammäära kehtestamine” § 1. – RT I, 11.01.2013, 7.

### C. Uurimisülesande püstitus

Töö lähtub seisukohast, mille kohaselt tekitab relatiivmõistete erinev sisustamine tsiviilõiguses ja KarS § 217<sup>2</sup> puhul keerukust. Lähtudes keerukuse eel- esitatud definitsioonist seisneb keerukus relatiivmõistete erineva sisustamise puhul selles, et identse või siis sarnase sisuga mõisteid sisustatakse süsteemi *õigus* sees erinevalt, st mõistega *tehing* või *kahju* ei seondu mitte ühtne ja universaalne tähendus, vaid vähemalt kaks, õigusharuti erinevat tähendust. Töö põhiväide, mis läbib kogu analüüsi, on see, et tsiviilõigusaktssoorne tõlgendus on süsteemi *õigus* perspektiivis keerukust redutseeriv.

KarS § 217<sup>2</sup> tsiviilõigusliku taustaga relatiivmõistete analüüs seab uurimis- ülesandeks näidata üksikute relatiivmõistete sisustamise kaudu, mis tingimustel ja kuidas võiks KarS § 217<sup>2</sup> relatiivsete õigusmõistete sisustamisel loobuda karistusõigusautonoomsest tõlgendusest ning redutseerida keerukust tsiviil- õigusaktssoorse tõlgendusega. N. Luhmanni süsteemiteooria annab eelmise küsimusega seotult analüüsiks vaid teoreetilise aluse,<sup>11</sup> seades lähtepunktiks seisukoha, et olemuslikult on õigusharud oma elementide (ehk süsteemi *õigus* ja tema osasüsteemide puhul õigusmõistete) loomisel ja seostamisel sõltumatud, küll aga võivad keerukuse redutseerimiseks teatud juhtudel omavahel suhes- tuda. Seega tuleb nimetatud kaalutlused – väärtused – tsiviilõigusaktssooruse eitamiseks KarS § 217<sup>2</sup> mõistete sisustamisel tuletada õigusdogmaatikast. Ana- lüüsis käsitatakse eelnimetatud väärtustena õiguskindluse põhimõttest tulene- vaid põhimõtteid, nagu õiguspärane ootus ja süsteemne koherentsus.

### D. Kaitsmisele esitatavad väited

Töö autor esitab kaitsmisele järgmised põhiväited:

1. Tsiviilõiguse ja karistusõiguse vastastikusel seoses puudub subordinat- siooni tingiv väärtus. Võimalikud argumendid õiguskindluse ja süsteemse koherentsuse põhimõtete näol on arhetüüpse sisuga.
2. Varaliste huvide järgimise kohustuse täielik tsiviilõigusaktssoorne sisus- tamine on raskendatud, kuna pole vastandmõistet. Tsiviilõigusaktssoor- use eitamine viib paralleelse mõistesüsteemi tekkele karistusõiguse sees, mistõttu tuleb keerukuse redutseerimiseks varaliste huvide järgimise kohus- tuse koosseisutunnus sisustada VÕS § 2 lg 2 kaudu, st varaliste huvide järgimise kohustus saab olla vaid selle kohustuste kataloogis nimetatud kohustus.
3. Koosseisutunnusest ärakasutamine tuletatavat mõistet tehing tuleb tõlgen- dada täies ulatuses tsiviilõigusaktssoorse, koosseisupärane tegu ärakasuta-

---

<sup>11</sup> Luhmann ise on pigem *obiter dictum*'i vormis kõrvalmärkusena kirjeldanud õiguskorda kui fanaatiliselt turvalisuse poole püüdlevat struktuuri. – N. Luhmann. Tallinn, 2009, lk 388. Samas on N. Luhmann ka maininud, et õiguskorra ühtsus kui selline ei saa olla süsteemi *õigus* jaoks ainuke eesmärk. – N. Luhmann. Law as a Social System. Oxford, 2004, lk 103–104.

miskoosseisu raames on eranditult kehtiv tehing. RKKKo 3-1-1-61-09 antud juhiseid tuleb tõlgendada kitsendavalt. Vastupidine tõlgendus viiks süsteemaatilistele vastuoludele nii koosseisu enda kui ka õigusharude sees.

4. Kohustuse rikkumise mõiste puhul tuleb vältida rikkumise karistusõigusautonoomse mõiste tekkimist ja ka asümmeetrilist aktsessoorsust. Kohustuse rikkumise mõiste on identne tsiviilõigusliku kohustuse rikkumise mõistega, vastasel juhul oleks tegemist õiguspärase ootuse põhimõtte riivega, õiguspoliitiliste argumentide kohaldamine koosseisu sisustamisel on ebaõige.

## E. Töö ülesehitus

Töö on jaotatud neljaks peatükiks, millest esimeses antakse ülevaade tsiviilõigusega kokkupuutuvate relatiivsete õigusmõistete, nagu valdus, omand ja vara sisustamisest kohtupraktikas. Valduse ja omandi mõistet on Eesti varavastaste süütegude kohtupraktikas saanud vähemalt teatud määral käsitlemist nende tsiviilõigusaktsessoorsusse puutuvalt, mistõttu edasise analüüsi raames on kohane kasutada nimetatud küsimuses kohtupraktika antud põhimõttelisi suuniseid. Esimeses peatükis analüüsitakse dogmaatilisi suuniseid, millest lähtuvalt peaks tsiviilõigusaktsessoorsust KarS § 217<sup>2</sup> sisustamisel jaatama või eitama: karistusõiguse tõlgenduskaanonid mõistete sisustamisel ja õiguskindluse põhimõte. Järgnevalt analüüsitakse §-s 217<sup>2</sup> esitatud, tsiviilõigusega kokkupuutuvate kindlate relatiivsete õigusmõistete sisustamist. Analüüs liigub üldiselt üksikule: esimeses peatükis määratakse konkreetsed väärtused, mida keerukuse redutseerimisel argumentidena kasutada, töö ülejäänud kolm peatükki keskenduvad konkreetsete relatiivsete õigusmõistete sisustamisele, silmas pidades varem määratletud argumente.

Töö teine peatükk käsitleb koosseisutunnuse kohustus sisustamist KarS § 217<sup>2</sup> koosseisu: usalduse murdmise koosseisu keskseks elemendiks olev varaliste huvide järgimise kohustus ja teise isiku vara käsutamise või kohustuste võtmise õigus kui usaldusseisund ärakasutamiskoosseisu. Ühes osutatud koosseisutunnustega antakse ülevaade koosseisude omavahelisest suhestumisest – küsimusest, mis ei ole analüüsi seisukohalt määrava tähtsusega, ent on koosseisu edasist tõlgenduspraktikat silmas pidades siiski vajalik.

Kolmas peatükk keskendub kitsalt mõiste ärakasutamine sisustamisele ärakasutamiskoosseisu. Kohtupraktika on valutult omaks võtnud arusaama, et ärakasutamiskoosseisu koosseisuteo ärakasutamine all tuleb mõista tehingut. Selle tõttu on käsitleb enamik kolmandat peatükki mõiste tehing sisustamist. Tehingu mõiste sisustamisel püstitatakse küsimus, kas Riigikohtu praktika kohaselt võib jaatada KarS § 217<sup>2</sup> puhul karistusõigusautonoomse tehingumõiste teket sarnaselt § 202 rakendamispätkikaga.

Töö viimane, neljas peatükk käsitleb asümmeetrilise tsiviilõigusaktsessoorsuse võimalikkust ja põhjendatust KarS § 217<sup>2</sup> puhul ärakasutamiskoosseisu tunnuse kohustuse rikkumine sisustamisel. Analüüsis välditakse teadlikult süüvimist

koosseisutunnuse kahju ja ka nõusoleku kui objektiivset koosseisu välistava kirjutamata koosseisutunnuse sisustamisega puutuvasse temaatikasse kui kohtu-praktika ja koosseisu puudutava kirjanduse najal usalduse kuritarvitamise koosseisust üsna sõltumatuid probleeme evivasse. Nii kahju kui ka nõusolekut puudutav väärriks eraldi uurimust.<sup>12</sup>

Töös on kasutatud lühendatud viitamist. Pärast esmakordset viite esitamist kasutatakse järgmistes viidetes autori eesnime esitähete ja perekonnanime ning väljaandmiskohta ja -aega. Perioodikaväljaandele viitamisel tuuakse pärast esmakordset viite esitamist autori eesnime esitähete ja perekonnanimele ning seejärel perioodikaväljaandele. Selleks et rõhutada teatud mõistete käsitamist eraldi süsteemi või mõistena, on vastavas tähenduses mõisted esitatud kaldkirjas (nt *ärakasutamine* kui mõiste või *majandus* kui süsteem).

---

<sup>12</sup> Vt sissejuhatavalt kahjuga seonduvate probleemide kohta Saksa õigusest tuletatud näidete varal. – W. Joecks. Varalise kahju mõiste. – *Juridica* 2011, 4, lk 257–270.

# I. Tsiviilõiguslike mõistete sisustamine KarS-s

## I.1. Tsiviilõiguslike mõistete sisustamise tõlgendusvormelid

Relatiivsed on õigusmõisted, mis esinevad paralleelselt eri õigusharudes (kasutatud on ka terminit mõistete ristkasutamine), ent mis täies ulatuses või osalisele grammatilisele identsusele vaatama võivad eri õigusharus olla sisustatud isemoodi.<sup>13</sup> Iseenesest ei ole tegu millegi erakordsega, relatiivsete õigusmõistete kasutamine on õiguses loomulik ja ilmselt ka vajalik.<sup>14</sup> Relatiivsele õigusmõistele tuleb anda tähendus koosmõjus lauses kasutatud teiste mõistetega ja seetõttu lisanduvate uute suuniste, eesmärkidega jne. Olgugi et sõna vorm ise ei muutu, võib selle tähendus täies ulatuses muutuda olenevalt kontekstuaalsetest tingimustest.<sup>15</sup> Relatiivse õigusmõiste sisustamine sõltub hermeneutiliselt tähendusrikastest asjaoludest (sks *hermeneutisch bedeutsame Umstände*): nii peab lisaks keelelisele tähendusele mõiste tähenduse tuletama kooskõlas ajaloolise, teleoloogilise ja süstemaatilise tõlgenduskaanoniga.<sup>16</sup> Seega on hermeneutiliselt tähendusrikaste asjaolude puhul kõigepealt vaja pöörduda karistusõiguslike mõistete tõlgendusvormelite poole.

KarS tõlgenduspraktika on omaks võtnud kõik klassikalised tõlgendusvormelid: teleoloogiline,<sup>17</sup> grammatiline,<sup>18</sup> süstemaatiline<sup>19</sup> ja ajalooline<sup>20</sup>. Lisaks on kohtupraktikas ära märgitud ka ühenduskonformne tõlgendus, ent sellele pole antud prevaleerivat tähendust.<sup>21</sup>

Kohtupraktika ei ole seadnud eesmärgiks luua terviklikku tõlgendusvormelite loetelu, pigem on lähtunud eesmärgipärasest tähistusest, pööramata suurt

---

<sup>13</sup> R. Wank. Die juristische Begriffsbildung. München, 1985, lk 113–118. Sissejuhatavalt relatiivsusest: F. Bydliniski. Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff. 2. Aufl. Wien, 1991, lk 438–442. D. Demko. Zur „Relativität der Rechtsbegriffe“ in strafrechtlichen Tatbeständen. Berlin, 2002, lk 20, lk 22–23.

<sup>14</sup> E. Simon. Gesetzesauslegung im Strafrecht. Eine Analyse der höchstrichterlichen Rechtsprechung. Berlin, 2005, lk 453jj.

<sup>15</sup> D. Demko. Berlin, 2002, lk 20, lk 30–34. Sarnast põhjendust on kasutanud ka Riigikohus mõiste *omandamine* sisustamisel, kui on sisustanud KarS § 202, vt RKKKo 3-1-1-93-07 p 4.2, samuti käesoleva töö ptk 3.3.3.

<sup>16</sup> D. Demko. Berlin, 2002, lk 20, 64–94, 101–105.

<sup>17</sup> RKKKo 3-1-1-107-09, p 10.1. Vt samuti M. Hirvoja ettekanne XXIX Eesti õigus-teadlaste päevaldel 19.10.2006. Kättesaadav: <http://www.just.ee/33192>, 06.02.13.

<sup>18</sup> RKKKo 3-1-1-46-00. Vt grammatilise tõlgendamisega seoses eelkõige kriminaalkolleegiumi praktikat KrMS § 228 lg 2 tõlgendamise kohta. – RKKKo 3-1-1-41-08, p 9, RKKKo 3-1-1-47-09, p 13. Kohus on kasutanud ka VTMS § 69 lg 2 puhul semantilist tõlgendust. – RKKKo 3-1-1-9-08, p 4.

<sup>19</sup> RKKKo 3-1-1-11-07, p 18. RKKKo 3-1-1-25-03, p 8.2.

<sup>20</sup> RKKKo 3-1-1-1-12, p 14.

<sup>21</sup> RKKKo 3-1-1-125-06 p 8.

tähelepanu tõlgendusmeetodite korrapärasele tähendusele.<sup>22</sup> Siinse töö autori hinnangul ei ole see üllatav, arvestades karistusõiguslike tõlgendusmeetodite süstematiseeritust puudutavat diskussiooni õiguskirjanduses, õigemini küll üsna tuntavat ühtsuse puudumist tõlgendusvormelite sisustamisel.<sup>23</sup> Pigem valitseb järeldus, mille kohaselt ammendavat tõlgendusvormelite süstematiseeringut anda on võimatu, mistõttu on loobutud igasugusest süstematiseerimisest. Eri-nevaid meetodeid on peetud vaid juhisteks lõpliku tõlgendusotsuse tegemisel. Viidatud ebaselgusele vaatamata on siiski võimalik järeldada, et nimetatud juhistest peaks vähemalt üks keskenduma mõiste grammatilisele tähendusele, samuti peaksid eksisteerima teleoloogilise ja süstemaatilise tõlgendamise meetodid.<sup>24</sup>

Kui nii õiguskirjanduse kui ka kohtupraktika pinnalt on võimalik teha mingeid üldistavaid järeldusi – olemuslikult peaks relatiivse õigusmõiste puhul lähtuma kas nende keelilisest tähendusest, süstemaatilistest (puudub küll selgus, kas eelnenud hõlmab vaid süsteemi *karistusõigus* või siis kogu süsteemi *õigus*)<sup>25</sup> ja viimaks teleoloogilistest kaalutlustest –, siis tuntav selgus on selles, et puudub igasugune dogmaatika tõlgenduskaanonite omavahelise vahekorra tingimuste määratlemiseks. Eelnevat on selgelt kinnitanud ka Riigikohtu kriminaalkolleegium, rõhutades, et seaduste tõlgendamisel ei ole võimalik lähtuda ette kindlaksmääratult üksnes teatud ühest tõlgendamismeetodist ja pragmaatilistest kaalutlustest: näiteks ei saa lähtuda pelgalt seaduseelnõude seletuskirjadest, jättes tähelepanuta seaduse enese teksti,<sup>26</sup> teleoloogilise tõlgendamise absolutiseerimine karistusõiguses teiste tõlgendamisvormelite ees ei ole PS § 23 lg-st 1 tulenevalt lubatav.<sup>27</sup> Eelkõige Saksa ja Šveitsi StGB-d puudutavas õiguskirjanduses on jõutud samale järeldusele: eri tõlgendusvormelite

---

<sup>22</sup> Vt nt alamärkuses 18 esitatud näidet semantilise tõlgenduse kohta. Vt ka E. Kergandbergi eriarvamuse p 2.2 RKKKo otsusele 3-1-2-1-00.

<sup>23</sup> Vt sissejuhatavalt värskeimat õiguskirjandust üldiste tõlgenduskaanonite kohta. – R. Zippelius. Juristische Methodenlehre. 11. Aufl. München, 2012, lk 35–68. Sissejuhatavalt eestikeelse kirjanduses. – J. Sootak (koost.). Karistusõigus. Tallinn, 2010, lk 92–98.

<sup>24</sup> K. Larenz. C-W. Canaris. Methodenlehre der Rechtswissenschaft. 3. Aufl. Berlin, 1995, lk 134–161. E. Simon. Gesetzesauslegung im Strafrecht. Eine Analyse der höchstrichterlichen Rechtssprechung. Berlin, 2005.

<sup>25</sup> Küsimus on selles, kas süstemaatiline tõlgendus peaks tähendama lähtumist kogu õiguskorrale või siis kitsalt karistusseadusest. – D. Demko. Berlin, 2002, lk 20, lk 122–126. Saksa kõrgema kohtu praktika najal on süstemaatilise tõlgendusvormeli puhul eristatud lähtumist põhiseadusest (ehk siis põhiseaduskonformne tõlgendus), põhiseaduslikest väärtustest, määratletuspõhimõttest või siis õiguskorra ühtsusest. – E. Simon. Gesetzesauslegung im Strafrecht. Eine Analyse der höchstrichterlichen Rechtssprechung. Berlin, 2005, lk 387–465. Alternatiivsena on seotud kogu õiguskorda vaid nn põhiseaduskonformse tõlgendusega. – G. Stratenwerth. L. Kuhlen. Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Straftat. 6. Aufl. München, 2011, lk 46.

<sup>26</sup> RKKKo 3-1-1-101-07, p 11. RKKKo 3-1-1-125-06 p 8.

<sup>27</sup> RKKKo 3-1-1-107-09, p 10.1. Hierharhia puudumist eitavalt. – J. Sootak (koost.). Tallinn, 2010, lk 99–100.

vahel puudub otsene hierarhiasuhe, need on relatiivsed.<sup>28</sup> Olgugi et klassikalise arusaama järgi peaks *lex stricta* põhimõtte kohaselt andma karistusõiguses teatava eesõiguse sõnastusest lähtuvalle tõlgendusele,<sup>29</sup> on ka see kaheldav.<sup>30</sup> Kõikide tõlgendusvormelite kasutamine ühel ja samal ajal pole vajalik, ühtlasi võivad need omavahel seostuda.<sup>31</sup> Näitena ajaliselt üsna hiljutisest n-õ õpiku lähenemisest võib tuua Saksa õiguskirjanduses G. Stratenwerthi ettepaneku, mille kohaselt on kõik tõlgendusvormelid küll võrdsed, ent neile peaks primaarsetena eelistama hoopis põhiseadus- ja ühenduskonformset tõlgendust.<sup>32</sup>

Väite, mille kohaselt pole tõlgendusvormelitest ja nende omavahelisest suhestumisest tulenevalt võimalik teha järeldusi relatiivsete õigusmõistete tsiiviilõigusaktse soorse sisustamise kohta, ilmekaim ja ühtlasi ajaliselt hilisemaid kinnitusi on D. Demko (sarnaselt siinse tööga) läbi viidud analüüs Saksa StGB eriosa tasandil. D. Demko analüüsis relatiivsete õigusmõistete sisustamise teoreetilisi lähtepunkte mitme relatiivse õigusmõiste tõlgenduspraktika analüüsimise kaudu. Autor lähtus muu hulgas mõistete *äravõtmise* varguse jt eriosa koosseisudes (StGB §-d 242, 289, 168 ja 274 lg 1 p 3), *kasutussevõtmine* (StGB § 248b ja 290), *relv* ja *ohtlik vahend* (StGB §-d 113, 121, 125, 177, 224, 244 ja 250) sisustamisest kohtupraktikas ning õiguskirjanduses. D. Demko järelduste kohaselt puudub tegelikult igasugune selgus mõistete sisustamise

---

<sup>28</sup> F. Bydliński. Wien, 1991, lk 553–571. Tõlgenduselementide järjestusprobleemi on kirjeldatud kui meetodipaljusus, iseteeninduskaupluse lähenemist (ingl *shopping-mall approach*). – E. A. Kramer. Juristische Methodenlehre. 2. Aufl. Bern, 2005, lk 151–153.

<sup>29</sup> Õigusnorm kui primaarselt kommunikatsioonivahend. – E. A. Kramer. Bern, 2005, lk 151–153. Vt ka D. Schmalz. Methodenlehre für das juristische Studium. 4. Aufl. Baden-Baden, 1998, lk 105–112. C. Roxin. Strafrecht Allgemeiner Teil. Bd 1. 4. Aufl. München, 2006, lk 148–156. H. Frister. Strafrecht. Allgemeiner Teil. 2. Aufl. München, 2007, lk 43–44. Vt võrdlevalt sama seisukoht *common law* kirjanduses. – A. P. Simester, W. J. Brookbanks. Principles of Criminal Law. 3rd edn. Wellington, 2007, lk 30–34.

<sup>30</sup> Karistusõigusliku tõlgenduse selgepiiriliste kriteeriumitena on toodud siiski sõnastust ennast (sks *Wortlaut*) ja analoogiakeeldu. Ka antud küsimuses tegelikkuses igasugune selgus puudub – paraku on keel iseenesest juba nii mitmetähenduslik, et sellele tõlgendusargumentides primaarse tähenduse andmine on problemaatiline. – D. Demko. Berlin, 2002, lk 20, lk 175–189. G. Jakobs. Strafrecht. Allgemeiner Teil. 2. Aufl. Berlin, 1991, lk 84–85.

<sup>31</sup> D. Schmalz. Baden-Baden, 1998, lk 91, 105–112. G. Stratenwerth. L. Kuhlen. München, 2011, lk 44–45. Hea näitena tõlgendusvormelite kasutamise omavahelisest suhestumisest vt ehk ühe peamise valdkonnaspetsiifilises õppematerjalis – K. Larenzi ja C. W. Canarise meetodiõpetuse õpikus – antud n-õ juhiseid tõlgenduse tegemiseks: 1) lähtepunkt peaks olema sõnastuslik tähendus (sks *Wortsinn*) ja ühtlasti ka tõlgenduse alguspunkt; 2) kontekst ja tähendusseos seaduse piires, st arvestada tuleb seaduse erilist sõnakasutust, ühtsust seaduse sees, ent seaduseväline mõistete süstemaatika; 3) seadusandja eesmärk, kui nii sõnakasutus kui ka tähendusseos või kontekst annavad endiselt paljutähendusliku tulemuse; 4) seaduse ettevalmistamises osalenud isikute ettekujutused normist; 5) kui seadusandjate eesmärgid ei ole päris selged, siis objektiivteoloogilised kriteeriumid, nagu näiteks õiguskorrale immanentsed printsiibid; 6) põhiseadusest tuleneva õiguseetilised põhimõtted. – K. Larenz. C-W. Canaris. Berlin, 1995, lk 163–168.

<sup>32</sup> G. Stratenwerth. L. Kuhlen. München, 2011, lk 46.

teoreetilise lähtealuse kohta. Ühtne seisukoht näib olevat selles, et lähtealused peaksid tulenema klassikalistest tõlgenduskaanonitest, ent kuidas need kaanonid omavahel suhestuvad, on ebaselge. Samavõrd paistab üksmeel selles, et kohane tõlgendustulemus eeldab kõigi klassikaliste kaanonite kohaldamist, st kõigi nende näol on tegemist hermeneutiliselt tähendusrikaste asjaoludega. Ebaselgus on täheldatav ka kitsalt karistusõigusliku sisustamise osas: kui õiguskirjanduses on rõhutatud vajadust alati küsida koosseisu tagava õigushüve järele, siis kohtupraktika on lähtunud eeldusest, et esmase tõlgendusmeetodina tuleb lähtuda koosseisu sõnastusest. Relatiivsete õigismõistete sisustamispraktika osutab D. Demko hinnangul omakorda sellele, et tähistuslik identsus ei tähenda alati mõiste identsset sisustamist erinevates õigusharudes. Eelnevast võib omakorda teha järelduse, et grammatilisel tõlgendamisel pole karistusõiguses relatiivsete õigismõistete sisustamisel prevaleerivat mõju. Pigem võiks järeldada, et kui üldse mingi tõlgendusvormel prevaleerib, siis on see teleoloogilise sisuga, põhistades konkreetsel juhul mõiste sisustamise konkreetse koosseisu kaitseesmärgist, õigushüvest tulenevalt.<sup>33</sup> Kui tsiviilõigusaktseessoorsust on jaatatud, kasutatakse üldise mustrina viidet õiguskorra ühtsusele (kui süstemaatilise tõlgendusvormeli ühele osisele).<sup>34</sup> Kui kohtupraktikas on aktseessoorsust eitatud, on viidatud muudele tõlgendusargumentidele.<sup>35</sup>

Olgugi et eelnevat seisukohta näib toetavat ka Riigikohtu senine praktika,<sup>36</sup> lähtutakse siinse analüüsi raames seisukohast, et tõlgendusvormelid kui sellised ei oma mingit hierarhilist suhet, millest lähtudes võiks tsiviilõigusaktseessoorsust eitada või mitte. Kui tõlgenduskaanonite puhul saaks jaatada teatavat hierarhilisust, prevaleeriks KarS § 217<sup>2</sup> sisustamise seisukohalt eelkõige grammatiline tõlgendamine – sellisel juhul oleks kaalukas argument seostada mõisteid *kohustus*, *kahju*, *käsusutus* jts rangelt tsiviilõigusaktsesoorselt.

Nagu käesolevas peatükis viidatud ja ka edasises analüüsis osutatud seondult karistusõigusliku valduse- ja varamõistega,<sup>37</sup> ei ole grammatilise tõlgendusvormeli eesõigus dogmaatilisel ega ka eriosa koosseisude tõlgenduspraktika tasandil kinnitust leidnud. Relatiivne õigismõiste *valdus* on nii seda puudutavas õiguskirjanduses kui ka kohtupraktikas saanud tsiviil- ja karistusõiguses osalt erineva sisu. Relatiivsete mõistete sisustamisel võiks olla tähendus ka süstemaatilise tõlgendusvormeli prevaleerivusel, kuid see eeldab relatiivsete õigismõistete tõlgendamist mitte kitsalt karistusõiguse, vaid kogu õiguskorra terviklikkust silmas pidades. Paraku valitseb ebaselgus nii süstemaatilise tõlgendamisvormeli sisus (kas see hõlmab vaid karistusõiguse sisest süstemaatikat või kogu õiguskorda) kui ka selle suhestumises muude tõlgendusvormelitega.

<sup>33</sup> D. Demko. Berlin, 2002, lk 20, lk 161–170, 190–284.

<sup>34</sup> Õiguskorra ühtsuse ja süstemaatilise tõlgendusvormeli seos ei ole täies ulatuses selge. – Vt teksti alamärkuse 177 juures.

<sup>35</sup> E. Simon. Berlin, 2005, lk 457–458.

<sup>36</sup> Vt eeskätt teksti alamärkuse 117 juures.

<sup>37</sup> Vt käesoleva töö ptk 1.2.1 ja 1.2.2.

## I.2. Tsiviilõiguslike relatiivmõistete sisustamine KarS senises tõlgenduspraktikas

### I.2.1. Omandi- ja varamõiste

Kohtupraktikas ja õiguskirjanduses on karistus- ning tsiviilõiguse vaheline suhestumine eelkõige päevakorrale tõusnud mõistete *valdus*, *omand* (varamõiste ja koosseisutunnuse võõras), *kahju* ja *teingu* sisustamisel.<sup>38</sup> Kõik eelnimetatud probleemid on peaaesjalikult tekkinud KarS 13. ptk-s loetelud varavastaste süütegude ja osati ka KarS § 266 (omavoliline sissetung) kohaldamispraktikas. Seotus tsiviilõiguslike mõistetega varavastaste süütegude puhul tuleneb nende kaitstavast õigushüvest: varavastased süüteod on eranditult suunatud õigushüvede *omand* või *vara* kaitsele.<sup>39</sup> Mõlema õigushüve näol on tegemist primaarselt tsiviilõiguse poolt reguleeritud õigushüvega. Lähtealusena on kriminaal-kolleeegium rõhutanud, et õigussüsteemi terviklikkuse põhimõtet arvestades peaks tsiviilõigusliku sisuga mõisteid sisustama karistusõiguses tsiviilõigusliku sisuga ühtselt. Kohtupraktikas on siiski süstemaatilis-teleoloogistel (kriminaal-kolleeegium on kasutanud terminit *õigusharude erinevad ülesanded*, täpsustamata küll mis on tsiviilõiguse ja karistusõiguse ülesanded ning milles seisneb nende erinevus) või kriminaalpoliitilistel kaalutlustel põhjendatud eelnevast üldpõhimõttest kõrvalekaldumist.<sup>40</sup>

Nagu siinse töö sissejuhatuses märgitud, ei keskendu edasine analüüs *kahju* sisustamist karistusõiguses puudutavale. Selle mõiste käsitus on väärt eraldi analüüsi, mis jääb käesoleva töö piirest välja. Küll on *kahjuga* seonduva aluseks suuresti karistusõiguslikku varamõistet puudutav, millele keskendutakse käesolevas peatükis. Karistusõiguslikku tehingumõistet puudutatakse eraldi ptk-s 3.

KarS § 199 lg-s 1 nimetatud varguse objektiivse koosseisu tegu on võõra vallasasja äravõtmine. § 201 lg 1 I teoalternatiivi (edaspidi: § 201 alt I) kohaselt on omastamine valduses oleva võõra vallasasja enda või kolmanda isiku kasuks pööramine. § 199 lg 1 ja § 201 alt I koosseisupärase eseme – vallasasja – mõistet sisustatakse täies ulatuses tsiviilõigusaktsessoorselt. Ranget tsiviilõigusaktsessoorsust põhjendav mõttekäik on kokkuvõtvalt järgmine: varavastased süüteod on suunatud omandi kaitsele, varguse ja ka omastamise I teoalternatiivi esemeks saab olla vaid kellegi omandis olev asi. Kellegi omandis saab omakorda olla vaid asi, mis vastab tsiviilõiguslikule asjade regulatsioonile. Eelnevast

<sup>38</sup> Lisaks sellele on viidatud ka erisusele *tahtluse* mõiste sisustamisel kahe õigusharu vahel. – J. Sootak. Ühetaoline mõistekasutus karistusõiguses. Riigikohtu otsus 3-1-1-40-12. – *Juridica* 2012, 10, lk 790. Šveitsi karistusõigust puudutavas õiguskirjanduses on iseenesest kohaselt märgitud, et lisaks tahtlusele on mõlemas õigusharus relatiivse sisuga ka sellised õigismõisted, nagu *põhjuslik seos*, *õigusvastatus*, *hädaseisund*. – P. Livers. *Zivilrechtliche Begriffe im Strafrecht*. – H. Walder. S. Trechsel (Hrsg.). FS Schultz. Bern, 1977, lk 109.

<sup>39</sup> KarS komm vln kasutab küll eristust *omand* ja *rahalised huvid*. – Vt P. Pikamäe. J. Sootak. KarS komm vln. Tallinn, 2009. 13.ptk komm 1. Samuti RKKKo 3-1-1-40-12, p 10.

<sup>40</sup> Vt eelkõige RKKKo 3-1-1-46-08, 3-1-1-28-09.

tulenevalt saab § 199 lg 1 ja § 201 alt I esemeks olla vallasasi TsÜS § 50 lg 2 tähenduses.<sup>41</sup> Erandina on kohtupraktika kinnitanud, et vallasasjana on käsitatav ka sularaha, olgugi et tsiviilõiguslik dogmaatika käsitab sularaha n-õ asjastunud õigusena.<sup>42</sup> Muus osas ei ole kohtupraktika ja õiguskirjandus erandeid tsiviilõiguslikust vallasasja mõistest ette näinud.

Koosseisutunnuse võõras sisustamine ja ühtlasi karistusõiguslikku varamõistet puudutav seostub kõige laiemas tähenduses mõiste omandi sisustamisega karistusõiguses. Vaidlus puudub küsimuses, et varavastaste süütegude objektiivsetes koosseisudes kasutatav tunnus võõras tuleb puutuvalt varavastastesse süütegedesse sisustada täies ulatuses tsiviilõigusaktseossoorselt, st võõras on see, mis TsÜS ja AÕS kohaselt on teise isiku omandis. Omandiõiguse tekke, lõppemise, sisu ja ulatusega seonduvat reguleerib peaaesjalikult<sup>43</sup> tsiviilõigus (AÕS annab nii omandi mõiste kui ka selle tekkimise ja lõppemise alused, vt AÕS § 68 jj).<sup>44</sup> Nii õiguskirjandus kui ka kohtupraktika on tsiviilõigusaktseossoorsust omandimõiste KarS §-de 199, 200 ja 201 alt I sisustamisel põhistanud, viidates koosseisude kaitstavale õigushüvele omandi. Varavastased süüteod kaitsevad omandit kui formaalset õiguspositsiooni, mistõttu ei saa eelnevast tulenevalt nad kaitsta isikul asja suhtes olevaid muid õigusi. Eelkirjutatu tõttu on selle koosseisutunnuse sisustamisel välistatud majanduslikest kaalutlustest lähtuvad tõlgendusviisid. Ka omandi üleminekut tuleb sealjuures hinnata omandi ülemineku tinginud tehingu järgi, nii ei ole toimepanijale võõras see, mille ta on kolmandale isikule üle kandnud tühise tehinguga, kui nii käsutus-kohustustehing on tühised,<sup>45</sup> st lähtutakse täies ulatuses abstraktsioonipõhimõttest.<sup>46</sup> Tsiviilõigusaktseossoorsuse põhistamine on kaitstava õigushüve kaudu leidnud kinnitust ka selle kaudu, et kohtupraktika on avalikku rahu ja korda kaitsvate süütegude puhul eitanud mõiste võõras sisustamist AÕS-s esitatud omandi mõiste kaudu (nt omavoliline sissetung, KarS § 266), kuna viimaste kaitstav õigushüve ei ole (vähemalt primaarsena) omandi.<sup>47</sup>

---

<sup>41</sup> H.-W. Laufhütte. R. Rissing-van Saan. K. Tiedemann (Hrsg.). Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Grosskommentar. 12. Aufl. 8 Bd. §§ 242 bis 262. Berlin, 2010, § 242 änr 4.

<sup>42</sup> RKKKo 3-1-1-52-05.

<sup>43</sup> Iseenesest on omandiõiguse lõppemise või tekkega seonduv regulatsioon osaliselt ka avalikus õiguses, nt puutuvalt konfiskeerimise õiguslikku toimesse KarS 7. ptk-s.

<sup>44</sup> Vt koos viidetega kohtupraktikale – J. Sootak. – Juridica 2012, 10, lk 790. Antud põhimõttest on eeldatavasti kõrvalekaldutud KarS § 266 puhul. – RKKKo 3-1-1-40-12, p 10. Lisaks Saksa StGB-le on omandimõiste täielikku tsiviilõigusaktseossoorsust jaatud ka Šveitsi karistusõigusdogmaatikas. – P. Livers. Bern, 1977, lk 122.

<sup>45</sup> Vt pikki arutelusid seoses küsimusega sellest, kas nt seadusega vastuolus oleva tehinguga üleläänu võib olla varguse objekt. – H.-W. Laufhütte. R. Rissing-van Saan. K. Tiedemann (Hrsg.). Berlin, 2010, § 242 änr 21jj. A. Schönke. H. Schröder. Strafgesetzbuch. Kommentar. 28. Aufl. München, 2010, § 242 änr 12.

<sup>46</sup> W. Joecks. K. Miebach (Hrsg.). Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch. Bd 3.

§§ 185–262 StGB. München, 2003, § 242 änr 27.

<sup>47</sup> RKKKo 3-1-1-40-12, p 10.

Küll aga ei ole ühtsust karistusõiguses mõiste *vara* sisustamisel, seda eeskätt puutuvat KarS § 209 (kelmus) kahjumõistesse, mille puhul, erinevalt mõiste *omand* sisustamisest, on kalduvus arvestama majanduslikest kaalutlustest kantud tõlgendusviise. Erinevalt selgelt vallasasjade kaitsele suunatud §-dest 199 lg 1 ja 201 alt I, kaitsevad §-d 209, § 214 ja § 201 alt II (teisele isikule usaldatud võõra vara enda või kolmanda isiku kasuks pööramine) isiku vara tervikuna, koosseisude esemeks võib olla ka kinnisasja või siis mõne subjektiivse õiguse, mis ei ole omandiõigus, ülekandmine.<sup>48</sup> § 209 objektiivne koosseis eeldab pettusliku teo tulemusena tehtud varakäsitust, mille tulemusena saab teo toimepanija varalist kasu, kirjutamata koosseisutunnusena on kohtupraktika jaatanud varalise kahju tekkimise nõuet kannatanul.<sup>49</sup> Koosseisu eesmärgina on eestikeelses kirjanduses täheldatud kaitset isiku koguvara väärtuse vähenemise vastu.<sup>50</sup>

Varamõiste sisustamist puudutav diskussioon taandub küsimusele, kas teatud juhtudel väärivad isiku varalised positsioonid karistusõiguslikku kaitset ka siis, kui neid tsiviilõigus (üldjuhul tulenevalt vastavate vara ülekandmistehingute vastuolust seaduse või siis heade kommetega, vt TsÜS §-d 86 ja 87) põhimõtteliselt ei aktsepteeri,<sup>51</sup> ent selliste positsioonide kaitse majandusele kui süsteemile on täiesti vastuvõetav ja relevantne.<sup>52</sup> Saksa karistusdogmaatikas A. Bräunigi poolt väljendatuna oleks vastavate väärtuste kaitsmise näol tegu näitega karistusõiguse seostumisest vahetult süsteemiga *majandus*, jälgides selle süsteemi reaalsust ja dünaamikat.<sup>53</sup>

Eelnevast tulenevalt on nii eesti- kui ka saksakeelses kelmust puudutavas õiguskirjanduses eristatud õiguslikku (põhimõtteliselt TsÜS §-st 66 lähtuv, st tegemist peab olema õigusega, millel on mingi tähendus subjektiivse õigusena)<sup>54</sup>, majanduslikku, juriidilis-majanduslikku, isiklikku, funktsionaalset varamõistet ja täiendavaid üksikuid teooriaid. Kui juriidiline varamõiste lähtub peaasjalikult eeldusest, et kelmu esemeks saab olla vaid väärtus, mis on õiguskorra poolt aktsepteeritud (kelmust ei saa toime panna heade kommetega vastuolus olnud käsitusega ülekantu suhtes), siis majandusliku varamõiste

---

<sup>48</sup> P. Pikamäe. Mõningad kelmu üldkoosseisu sisustamisprobleemid kohtupraktikas. – *Juridica* 2011, 2, lk 133.

<sup>49</sup> RKKKo 3-1-1-71-10.

<sup>50</sup> Autor ei täpsusta, mida ta peab silmas termini *koguvara* all. – P. Pikamäe – *Juridica* 2011, 2, lk 134.

<sup>51</sup> Kas eelnevalt asja varastanud isik saab toime panna kelmu, pakkudes varastatud asja omanikule tagasi müüa. – H. Satzger. B. Schmitt. G. Widmaier (Hrsg.). *Strafgesetzbuch. Kommentar*. Köln, 2009, § 263 änr 151.

<sup>52</sup> Saksa õiguskirjanduses toodud näitena nt altkäemaksuks kasutatavad või kasutatud rahalised vahendid. – A. Bräunig. Berlin, 2011, lk 35. T. Rönau. *Untreue als Wirtschaftsdelikt*. – *ZStW* 2007, 119, lk 919–925.

<sup>53</sup> Seisukoha autori hinnangul tagab see ka koherentsust karistusõiguse kui süsteemi sees, kuid kahjuks ei analüüsi autor küsimust süsteemi *õigus* koherentsusest. – A. Bräunig. Berlin, 2011, lk 229, 232.

<sup>54</sup> Vt mõneti vastandlikult antud seisukohale. – M. Kairjak. J. Sootak. *Varavastased süüteod*. 3. tr. Tallinn, 2012, 160 jj.

kohaselt on kelmus võimalik iga mingi majandusliku väärtusega vara, isikliku varamõiste puhul iga vara omajale olulise väärtuse suhtes. Lisaks eelnenuile on välja töötatud mitu ühendteooriat, mis küll toetavad majanduslikku varamõistet, ent teatavatel juhtudel jaatavad õiguskorrast tulenevaid piiranguid (juriidiline varamõiste), ja vastupidi: jaatavad õiguslikult mitteaktsepteeritavate väärtuste (narkootiliste ainete võõrandamise teel teenitud raha, kelmus narkootiliste ainete suhtes) sobivust kelmuse objektidena. Teooriate üsna üksikasjalikule sisule vaatamata ei ole ükski nimetatud teooriatest täies ulatuses ammendav ega ka õiguskirjanduses valitsev.<sup>55</sup> Riigikohtu praktika analüüsi alusel on eestikeelses kirjanduses jaatud majandusliku varamõiste valitsevust Eesti kohtupraktikas.<sup>56</sup> Sellele järeldusele vaatamata tuleb siinse töö autori hinnangul rõhutada, et senises kohtupraktikas ei ole vähemalt autorile teadaolevalt tekkinud veel väga selgeid olukordi, kus tekkinuks selgepiiriline küsimus, millal oleks kohane võimaldada karistusõiguslikku kaitset väärtustele, mida õiguskord põhimõtteliselt ei aktsepteeri (nt kas kelmus on võimalik palgamõrvari suhtes).

Käesolev töö ei sea eesmärgiks võtta selles küsimuses ammendavat seisukohta, seda enam et enamjaolt taandub vara mõiste sisustamise tulemus karistusõigusliku kahju sisustamisele, mis jääb käesoleva töö esemest välja. Varamõistega seonduv on oluline käesolevas töös käsitletavate koosseisutunnuste – eelkõige koosseisupärane tehing (vt eeskätt käesoleva töö ptk 3), ent ka mõiste võõras sisustamisega seoses (vt käesoleva töö ptk 2) –, samuti seonduvalt küsimusega õiguse kui süsteemi süsteemsest koherentsusest (vt käesoleva töö ptk 1.3.2). Varamõiste sisustamisel on kogu koosseisu tsiviilõigusaktseorsooruse üle otsustamisel seega märkimisväärne tähendus, mis omakorda väljendub praktilises plaanis näiteks seonduvalt küsimusega, kas altkäemaksuks raha eraldanud või altkäemaksu teatud soorituste eest vastu võtnud juriidilise isiku juhatuse liige võiks vastutada ärakasutamiskoosseisu alusel.<sup>57</sup> Eelnenu tõttu on kohane põgusalt viidata argumentidele, mida kirjanduses on vara mõiste sisustamisel tsiviilõigusaktseorsooruse eitamiseks või jaatamiseks esitatud.

Eestikeelses õiguskirjanduses on (vähemalt osalist) kõrvalekaldumist tsiviilõiguslikust varamõistest põhjendatud kriminaalpoliitiliste ja süstemaatiliste argumentidega: karistusõigusautonoomse varamõiste tingivad õiguskorra ühtsus ja huvid. Kriminaalpoliitiliste kaalutluste – J. Sootaki viide õiguskorra huvidele<sup>58</sup> – kohaselt peab vara hulka seega arvestama ka väärtused, mis ei ole

---

<sup>55</sup> Vt ülevaadet teooriatest ja nende kriitikast Saksa karistusõigusdogmaatikas. – R. Hefendehl. O. Hohmann (Hrsg.). München, 2006, § 263 änr 294–338. Vt ajaloolist ülevaadet. – P. Cramer. Vermögensbegriff und Vermögensschaden im Strafrecht. Berlin, 1968, lk 23–68.

<sup>56</sup> P. Pikamäe. – Juridica 2011, 2, lk 135. W. Joecks. – Juridica 2011, 4, lk 258.

<sup>57</sup> Vastav rahaliste vahendite eraldamine võib olla kehtetu. – E. Kempf. Bestechende Untreue? – R. Michalke ua (Hrsg.) FS Hamm. Berlin, 2008, 255–267. J. Corsten. Pflichtverletzung und Vermögensnachteil bei der Untreue – Kritische betrachtung des „VW-Urteils“ des BGH wistra 2009, 468. – Wistra 2010, 6, 206–208. Vt ka teksti alamärkuste 52 ja 170 juurde.

<sup>58</sup> M. Kairjak. J. Sootak. Tallinn, 2012, lk 162.

küll tsiviilõiguses ette nähtud (täpsemalt – ei ole määratavad mingite konkreetsete subjektiivsete õigustena)<sup>59</sup>, ent vajavad siiski karistusõiguslikku kaitset.<sup>60</sup> Karistusõigus peab kaitsma kõiki majanduslikult väärtustatavaid positsioone, olenemata sellest, kas need on subjektiivsete õigustena käsitatavad: lisaks klassikalistele õpikunäidetele on õiguskirjanduses veel toodud *goodwill*, asjaoludest tulenevad ootused teise isiku käitumise suhtes, õiguslikku kaitset mitteomavad ideed. Nimetatud väärtuste kaitsmata jätmisel on oht, et kurjategijad seavadki eraldi eesmärgiks isikute kahjustamise, kelle käsutuses olevaid hüvesid tsiviilõigus ei kaitse.<sup>61</sup>

Kui nimetatud väidete alus on iseenesest selge – võimaldada kaitset muu hulgas ka sellistele väärtustele, mida õiguskord (ehk karistusõigusvälised normid) ei aktsepteeri –, on õiguskorra ühtsus<sup>62</sup> puudutav argument ambivalentsem. Põhjenduste kohaselt ei toimi õigus tervikuna vaakumis, vaid on seotud ühiskonnas tekkinud eraeluliste või avalike suhetega. Paraadnäitena rõhutatakse saksakeelses õiguskirjanduses, et muu hulgas kaitseb tsiviilõiguslik valdus ka näiteks pahausketset valdajat.<sup>63</sup>

Mõiste *vara* sisustamisel esitatud argumentid taanduvad suuresti edasise analüüsi käigus esitatavale ülevaatele õigusselgusest ja õiguskorra ühtsusest (vt eelkõige käesoleva töö ptk-d 1.3.2 ja 1.3.2). Tuleb silmas pidada, et pigem toetab õiguskorra ühtsus varamõiste tsiviilõigusaktseorsoorset sisustamist, st puudub vajadus tekitada kahe õiguskorra vahele vastukäivusi, muutes hüved, mida tsiviilõigus ei pea kaitsmisväärseks, erandlikult kaitstavaks näiteks KarS § 209 lg 1 poolt. Iseenesest võib jõuda seisukohale, et olukorras, kus tsiviilõigus nimetatud käitumisakte ei aktsepti, on karistusõigusliku tähenduse omistamine süstemaatiliselt vastuoluline, st süsteemi *õigus* koherentsuse vastane.<sup>64</sup>

Diskussioon taandub suuresti küsimusele, kas varamõistes pidada primaarseks vara kui (tsiviil)õiguslikku režiimi või vara kui majanduslikku mõistet, millel on loodud õiguslik (ent mitte ainult tsiviilõiguslik) korraldus. Viimase jaatamisel – vara kui selline on majanduskäibes teadlikult ja mõistlikult tegutseva isiku igasugune positsioon –, mida õiguskord reguleerib siis kas vara vahetusvõimaluste reguleerimise (tsiviilõigus) või kaitse (tsiviil- ja karistusõigus,

<sup>59</sup> H. Satzger. B. Schmitt. G. Widmaier (Hrsg.). Köln, 2009, § 263 änr 92.

<sup>60</sup> Väärrib märkimist, et 2008.–2009. a finantskriisi valguses on Saksa õiguskirjanduses õppetunnina olulisematest rikkumistest levima hakanud käsitlused, mille kohaselt võiks edaspidi rikkumiste vältimiseks karistusõigusliku vara mõistet sisustada võimalikult laias ulatuses kehtivate raamatupidamisreeglite järgi, olgugi, et nende reeglite sobivus vara mõiste määratlemiseks on nende ebamäärasuse tõttu kaheldav (nt on IFRS pigem käsitatav ärimudeli kui normikompleksina). – T. Luttermann. – Wistra 2012, 7, lk 255 jj.

<sup>61</sup> A. Bräunig. Berlin, 2011, lk 226.

<sup>62</sup> M. Kairjak. J. Sootak. Tallinn, 2012, lk 162.

<sup>63</sup> E. Kraatz. „Kick-Back“-Zahlungen als strafbare Untreue. Versuch einer dogmatischen Konkretisierung und Systematisierung. – ZStW 2011, 3, lk 528–529.

<sup>64</sup> R. Hefendehl. O. Hohmann (Hrsg.). München, 2006, § 263 änr 422. Süsteemse koherentsuse kohta vt käesoleva töö ptk 1.3.2.

sealhulgas eitades nimetatute vahel igasugust korrelatsiooni), tuleb jaatada karistusõigusautonoomset varamõistet.<sup>65</sup> Nagu öeldud, ei ole Eesti senine kohtupraktika KarS § 209 lg 1 puhul selles küsimuses lõplikku seisukohta võtnud.

### I.2.2. Mõiste valdus

RKKK on mõiste *valdus* sisustamist puudutanud mitmes lahendis seondult KarS § 199 lg1 ja §-ga 201 alt I, lisaks on hiljutine praktika tõstatanud küsimuse mõiste *valdus* sisustamisest § 266 koosseisus.

Eelkõige Saksa ja Šveitsi karistusõigusest tuleneva üldpõhimõtte järgi ei ole valdus karistusõiguses ja tsiviilõiguses täies ulatuses samastatav: õigusharude eri eesmärkide tõttu ei saa karistusõigus tunnistada erinevaid tsiviilõiguslikke valdusfiktsioone, nagu organivaldus ja pärijavaldus ning valduse teenija.<sup>66</sup>

Nimetatud käsitluse põhiidee on kitsalt seotud KarS § 199 lg-ga 1 ja §-ga 201 alt I objektiivse koosseisu süstemaatikaga: mõlema koosseisu puhul seisneb koosseisu poolt kirjeldatava teo ebaõigussisu kas juba isiku faktilise kontrolli all oleva vallasasja enda kasuks pööramises (omastamine) või siis teise isiku faktilise kontrolli all oleva vallasasja äravõtmises, st valduse lõpetamises ja uue kehtestamises (vargus). Mõlema koosseisu puhul on oluline just kas toimepanijal teo toimepanemise hetkel olev või siis toimepanemise tulemusena kehtestatav faktiline kontroll vallasasja üle; olemuselt on karistusõiguslik valdus primitiivsem, hõlmates vaid juhud, kui isikul on mingi asja suhtes tegelik mõjutamisvõimalus. Erinevalt karistusõiguslikust valdusest on tsiviilõiguslik valdus võõrdunud<sup>67</sup> eelviidatud primitiivsest valdusmõistest, hõlmates käibekaitse kaalutlustel valdusfiktsioone nagu pärimisvaldus ja valduse teenija.<sup>68</sup> Nii nagu AÕS, ei tee ka karistusõiguslik valdus vahet, kas valdus on saadud õiguspäraselt või mitte, kas see on hea- või pahauskne. Eelneva tulemusena on puutult karistusõiguslikku valdusesse välja töötatud üsna üksikasjalikud teooriad: faktiline valdusemõiste, sotsiaalne valdusemõiste ja faktilis-sotsiaalne (sotsiaalnormatiivne valdusemõiste).<sup>69</sup> Teooriate paljususele vaatamata viivad need enamikul juhtudel samadele järeldustele, mis asjaõigusliku valdusemõiste

<sup>65</sup> H-W. Laufhütte. R. Rissing-van Saan. K. Tiedemann (Hrsg.). Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar. 12. Aufl. 9 Bd. §§ 263–283d. 1. Teilband §§ 263–266b. Berlin, 2012, eelmärkus 31 jj §-le 263. Vt ka selgitused alamärkus 343 juurde seondult U. Nellese seisukohaga.

<sup>66</sup> J. Sootak. – Juridica 2012, 10, lk 790. Šveitsi kohta vt P. Livers. Bern, 1977, lk 124.

<sup>67</sup> Eelnev on järeldus mõiste pinnalt ega ole kuidagi seotud mõlema mõiste väljakujunemise ajalooga. Ajaloolistes küsimustes vt M. Luts. Juhuslik ja isamaaline: F. G. v Bunge pro-vintsiaalõigusteadus. Doktoritöö. Tartu, 2000, lk 56–57.

<sup>68</sup> U. Kindhäuser. U. Neumann. H.-U. Paeffgen. Strafgesetzbuch. Bd 2. 3. Aufl. Baden-Baden, 2010, § 242 änr 30.

<sup>69</sup> Vt lähemalt M. Kairjak. J. Sootak. Tallinn, 2012, lk 43–62. Vt ülevaadet erinevatest valdusteooriatest. – W. Joecks. K. Miebach (Hrsg.). München, 2003, § 242 änr 42 jj.

puhul,<sup>70</sup> ent tulemused võivad olla erinevad eelkõige otsest kontrolli mitte-hõlmavate valduse alamliikide – valduse teenija, juriidilise isiku valdus (edaspidi: organivaldus) ja pärimisvaldus – puhul, mil tsiviilõigusliku valdaja puhul eitatakse karistusõiguslikku valdust (organivaldus) ja vastupidi (valduse teenija).

Eesti kohtupraktika on eeltoodud seisukohti põhimõtteliselt kinnitanud, ent teatavate erisustega. Puutuvalt KarS § 201 alt I (ja ilmselt ka § 199 lg 1) koosseisu on RKKK kindel suunis seni olnud eitada organivaldust: nii on juriidilisele isikule laolepingu alusel üle antud teravilja valdaja mitte juriidiline isik (nagu oleks see tsiviilõiguse järgi)<sup>71</sup>, vaid reaalselt asja üle faktilist võimu omavad füüsilised isikud (antud juhul juriidilise isiku juhatuse liikmed).<sup>72</sup> Organivaldus ei vasta karistusõigusliku valdusemõiste primitiivsemale sisule, mis eeldab valduse jaatamiseks eranditult füüsilise isiku teatavat subjektiivset seisundit – valdustahet –, mida ei saa pidada kuuluvaks juriidilisele isikule.<sup>73</sup> Järeldus sellest seisukohast on, et juhatuse liige ei saa äriühingule kuuluvaid vallasasju varastada, kuna äriühing ei saa olla valdaja; kõne alla võib tulla vaid omastamise koosseis. Eelnevast on teatud määral kõrvale kaldutud § 266 sisustamisel, kus pikemalt kaalumata (võimalik, et küsimusele olulist tähelepanu pööramata) on kortermaja abiruumi valdajaks peetud korteriühistut.<sup>74</sup> Küll on ühtne arusaam endiselt selles, et karistusõigus ei tunne valduse teenija fiktsiooni ja käsitab valduse teenijat valdajana.<sup>75</sup> Nii organivalduse kui ka valduse teenija fiktsiooni eitamise õigustamiseks on kriminaalkolleegium esile toonud õigusharude ülesannete erinevuse<sup>76</sup> ja vara karistusõigusliku kaitse efektiivsuse.<sup>77</sup> Nimetatud kaks abstraktset terviklikku argumenti on edasise analüüsi seisukohalt olulise tähendusega.

Vastupidiselt klassikalisele dogmaatilisele arusaamale on RKKK otsuses 3-1-1-28-09 siiski mõõndud, et karistusõigus peaks pärimisvaldust (AÕS § 38) aktsepteerima.<sup>78</sup> Kriminaalkolleegiumi põhjenduste kohaselt „*käsitletaval juhul puudub mingisugunegi, sh ka väidetavalt karistusõiguslikku kaitset tagav õigustus, ignoreerida tsiviilõigusliku valduse erinormi ja aktsepteerida*

<sup>70</sup> H-W. Laufhütte. R. Rissing-van Saan. K. Tiedemann (Hrsg.). Berlin, 2010, § 242 änr 55 jj.

<sup>71</sup> Eesti tsiviilkohtud on organivaldust jaatanud. – RKTko 3-2-1-127-04.

<sup>72</sup> RKKKo 3-1-1-46-08.

<sup>73</sup> H-W. Laufhütte. R. Rissing-van Saan. K. Tiedemann (Hrsg.). Berlin, 2010, § 242 änr 57.

<sup>74</sup> RKKKo 3-1-1-40-12.

<sup>75</sup> RKKKo 3-1-1-46-08. Võimalik on siiski käsitus, et aktuaalseim valdusekäsitus käsitleb neid alam- ja ülemvaldaja positsioonis kaasvaldajatena. – vt M. Kairjak. J. Sootak. Tallinn, 2012, lk 43–62. W. Joecks. K. Miebach (Hrsg.). Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch. Bd 3. §§ 185–262 StGB. München, 2003, § 242 änr 67–70.

<sup>76</sup> RKKKo 3-1-1-46-08 p 20.

<sup>77</sup> RKKKo 3-1-1-28-09, p 8.3.

<sup>78</sup> Vt ka U. Liin. Pärijavaldus – kas vastuvõtusüsteemi sobimatu instituu? – Juridica 2006, 10, lk 711–719.

*kurjategija faktilisest võimust lähtuvat karistusõiguslikku valdust*” kannatanu surma põhjustanud isikul, mitte aga kannatanu pärijatel.<sup>79</sup>

Nimetatud seisukoht tundub suuresti olevat kantud kriminaalpoliitilistest kaalutlustest. Siinkohal tuleb rõhutada, et kriminaalkolleegiumi suunis, mille kohaselt peaks tsiviilõiguslikust valdusemõistest kõrvalekaldumiseks esinema mingi „karistusõiguslikku kaitset tagav õigustus” ei saanud viidata mingile karistatavuslüngale. Nimelt oleks klassikalise arusaama kohaselt endise valdaja surma põhjustanud isik vastutanud surnud isiku vallasaja endale võtmisel ikkagi omastamise eest – iseenesest karistatavuslünka karistusõigusautonoomse valdusemõiste kasutamine kaasa poleks toonud. Eelnevale vaatamata oli kriminaalkolleegiumile vastuvõetamatu inkrimineerida surma põhjustanud isikule (jättes kõrvale küsimuse vastutusest vastava isikuvastase süüteo eest) vaid KarS § 201. Kuid selleks, et vältida võimalike süstemaatilisi koosseisusiseseid probleeme (kuidas saab murda isiku valdust, kellel puudub igasugune valdustahe, mistõttu on tahtevastase põhjendamine küsitav), tuletas kriminaalkolleegium eelnenud kriminaalpoliitiliste kaalutluste põhjal argumendi, mille kohaselt on käesoleval juhul isiku surma põhjustamise näol sisuliselt tegemist valduse murdmisega, mistõttu surma põhjustanud isik vastutab varguse eest.<sup>80</sup>

Seega on valdusemõiste näol tegu põhinäitega relatiivmõiste kohati täiesti erinevast sisustamisest karistus- ja tsiviilõiguses. Kohtupraktika rõhutatud argumendid, miks antud juhul on kohane tsiviilõigusaktseessoorsust eitada, on tooniandvad ka edasise KarS § 217<sup>2</sup> relatiivsete õigusmõistete analüüsi puhul. Eelnevalt esitatud analüüsi kohaselt on ilmne, et relatiivsete õigusmõistete sisustamisel ei saa lähtuda vaid nende grammatilisest tõlgendamisest, pigem on kohtupraktika rõhutanud teleoloogilisi ja süstemaatilisi argumente. Eelneva tõttu on kohane nimetatud sisulisi argumente järgnevalt analüüsida.

### **I.3. Õigusriigi põhimõttest tulenevad tõlgenduskaalutlused**

#### **I.3.1. Õigusselguse põhimõte**

Tõlgendusvormelite selge hierarhia võimaldaks relatiivsete õigusmõistete sisustamisel määrata mingid põhimõtted vaid tõlgendusvormelite-sisestest reeglitest: nagu eespool märgitud, viiks grammatilise tõlgenduse primaarsus ilmselt järeldusele, et mõistet *tehing* peaks eeldatavasti tõlgendama võimalikult rangelt tsiviilõigusaktseessoorselt. Hierarhia puudumise tõttu tuleb seega määrata põhimõtted, mis tingivad eri tõlgendusvormelite kasutamise ja nende omavahelise seose. Relatiivsete õigusmõistete sisustamisel on nii *valdust* puudutava õiguskirjanduses ja kohtupraktika kohaselt peamisteks otsustavateks argumentideks peetud õigusriigi põhimõttest tulenevat õigusselguse ja süsteemse koherentsuse põhimõtet.

---

<sup>79</sup> RKKKo 3-1-1-28-09, p 8.3.

<sup>80</sup> RKKKo 3-1-1-28-11, p 8.3.

N. Luhmanni jaoks on õiguse kui süsteemi funktsioon sotsiaalse süsteemina ühiskonnas keerukuse redutseerimine ühiskonnaliikme faktilise usalduse kinnistamise kaudu, st inimkäitumise reguleerimise sellisel, et isikul oleks mõistlik eeldada teistelt subjektidelt normikonformset käitumist.<sup>81</sup> Küsimusele, kas õiguse adreessadil on iseenesest võimalik eeldada, et ka õigussüsteem vastab tema käitumisele ühtsena (juhatuse liikme kohustuse rikkumine on analoogselt sisustatud karistus ja ühinguõiguses), vastab õiguse sisemist korraldust arvates õiguselguse põhimõtte. Siinses töös ei eristata karistusõigusdogmaatikas levinud mõistet määratletuspõhimõtte ega õiguselguse põhimõtet, viimast käsitatakse esimese realisatsioonina karistusõiguses, töös kasutakse neid sünonüümidena.<sup>82</sup>

KarS § 217<sup>2</sup> näol on Eesti seadusandja suuresti lähtunud Saksa StGB ja Šveitsi StGB eeskujust. Ühes sellega on tehtud põhimõtteline valik usalduse kuritarvitamise ebaõigussisu reguleerida relatiivsetest õigusmõistetest koosneva ja märkimisväärselt kõrge abstraktsusastmega koosseisuga. Nimetatud teed on lisaks Šveitsile ja Saksamaale läinud ka Portugal, osaliselt Austria.<sup>83</sup> Vastupidiselt on romaani õigusperekondades usalduse kuritarvitamisega sarnased koosseisud üldjuhul kitsendatud konkreetsetele ühingujuhi rikkumistele, kus rikkumise liigid (teokirjeldused) on eraldi esile toodud ja täpselt määratletud.<sup>84</sup> KarS § 217<sup>2</sup> ja Saksa StGB sõnastuslik sarnasus on üsna märkimisväärne: usalduse murdmise alamkoosseisu olulisim koosseisutunnus varaliste huvide järgimise kohustus ja termin ärakasutamine ärakasutamiskoosseisus (sks *Missbrauch*) on sõnastuslikult identsed. Mõlemad koosseisud järgivad sama loogikat: eristatakse kaht alamkoosseisu, olgugi et nende suhestumine on koosseisu sõnastuse tõttu ebaselge.<sup>85</sup>

KarS § 217<sup>2</sup> sõnastust on esimesel lugemisel üsna raske jälgida, lisaks hõlmab koosseis määratlemata õigusmõisteid nagu varaliste huvide järgimise kohustus (mis on huvid?) või mingi seisundi ebaseaduslik ärakasutamine. Koosseisu laialivalguv sõnastus ja ebamäärane rakendamisala on Saksa õiguskirjanduses andnud ainest aastatepikkusele diskussioonile koosseisu vastavusest määratletuspõhimõttele. Eelkõige on kriitika suunatud usalduse murdmise

---

<sup>81</sup> N. Luhmann. Tallinn, 2009, lk 392 jj.

<sup>82</sup> Põhimõttelise vaheteo puudumise osas vt R. Alexy. Põhiõigused Eesti Põhiseaduses. – Juridica eriväljaanne 2001, M. Ernitsa märges XI. D. Demko. Keine Strafe ohne Gesetz – Das Gesetzlichkeitsprinzip des Art. 7 EMRK in der Rechtsprechung des EGMR (Reihe strafprozessuale Leitfälle zur EMRK). – Online-Zeitschrift für Höchstgerichtliche Rechtssprechung im Strafrecht 2004, 1, lk 19–25. Kättesaadav: <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/archiv/06-01/hrrs-1-06.pdf>, 09.02.13. Määratletuspõhimõtte kohta sissejuhatavalt eestikeelses kirjanduses: J. Sootak (koost.). Tallinn, 2010, lk 47.

<sup>83</sup> Austria seadusandja on kahe alamkoosseisu vaheliste vaidluste ärahoidmiseks kriminaliseerinud vaid ärakasutamiskoosseisule vastava teo. – M. Kairjak. Varaliste huvide järgimise kohustus ja teisele isikule usaldatud vara. – Juridica 2010, 1, lk 24–26.

<sup>84</sup> Vt ülevaadet erinevatest koosseisuvormidest. – D. Schilling. Frankfurt(aM), 2009, lk 5–42. T. Rönna. (Rechts-)Vergleichende Überlegungen zum Tatbestand der Untreue. – ZstW 2010, lk, 299–324.

<sup>85</sup> Vt lähemalt käesoleva töö ptk 2.2.1.

koosseisule, mille ebamäärasuse aluseks on mõiste varaliste huvide järgimise kohustus. Selle mõiste sisustamine on Saksa kohtupraktikas ebaõnnestunud ja puudub ühtne kriteerium. Normi adressaadil on sageli võimatu aru saada, mis on koosseisu poolt keelatud tegu.<sup>86</sup> Lisaks koosseisu laiale sõnastusele tekitab raskusi adressaadi normatiivsete ootuste tagamisel ka koosseisu rakendusala – koosseisu puudutavad õigussuhted on võrreldes näiteks klassikaliste isikuvastaste koosseisudega olulisel määral mitmekesisemad. Lisaks tuleb silmas pidada, et koosseis rakendub õigussuhetele, mis tulenevad konsensuaalsest alusest ehk kokkuleppest poolte vahel, ning seepärast tuleb täiendavalt hinnata, kuivõrd täidab normatiivseid ootusi süsteemi *õigus* käitumine, mis reageerib lepingu rikkumisele lisaks võimaliku tsiviilõigusliku reaktsiooniga karistusõiguse kaudu.<sup>87</sup>

Õigusselguse põhimõtte tuleneb peaaesjalikult PS § 10 õiguskindluse põhimõttest. Põhimõtte mis jaguneb vastavalt õiguspäraseks ootuse ja õigusselguse alampõhimõtteks. Kõige üldisemalt peab õiguskindlus looma kindluse kehtiva õigusliku olukorra suhtes, tähendades nii selgust kehtivate õigusnormide sisus (õigusselguse põhimõtte) kui ka kindlust kehtestatud normide püsijäämise suhtes (õiguspärase ootuse põhimõtte).<sup>88</sup> Eestikeelses õiguskirjanduses on lisaks eelnimetatud PS §-le 10 õigusselguse põhimõtte alusena käsitatud PS § 13 lg-s 2 sätestatud riigivõimu omavoli keeldu, põhimõtet on seotud ka PS §-ga 6, mis sedastab, et eesti keel on Eesti riigikeel.<sup>89</sup> Euroopa Inimõiguste Kohus (edaspidi: EIK) on õigusselguse põhimõtte tuletanud Euroopa Inimõiguste Konventsiooni (edaspidi: EIÖK) art 7 lg-st 1: kedagi ei või tunnista süüdi kuriteos – teos või tegevusetuses –, mis selle toimepanemise ajal kehtinud riigisisese või rahvusvahelise õiguse järgi ei olnud kuritegu.<sup>90</sup>

RKPSjvK ja vastav EIK praktika (eelkõige lahendid *Sunday Times vs. UK*<sup>91</sup> ja *Kokkinakis vs. Kreeka*<sup>92</sup>) on õigusselgust sisustanud kokkuvõtvalt kui tasa-kaalu normide abstraktsuse ja nende piisava määratuse vahel, mis tagab õiguse adressaadile veel mõistliku võimaluse saada aru – spetsiifiliselt karistusõiguses – normi ebaõigussisust. Üldise põhimõttena peavad sätted olema sõnastatud piisava täpsusega, et võimaldada kodanikul oma käitumist reguleerida: ta

<sup>86</sup> Vt lähemalt käesoleva töö ptk 2.1.2.4.

<sup>87</sup> Vt ülevaatlilikult. – H. Theile. Konvergenzen und Divergenzen zwischen Gesellschaftsrecht und Strafrecht Das Merkmal der gravierenden Pflichtverletzung (§ 266 StGB) aus systemtheoretischer Sicht. – Zeitschrift für die internationale Strafrechtsdogmatik 2011, 7, lk 623.

<sup>88</sup> RKPSjvKo 3-4-1-20-04.

<sup>89</sup> N. Parrest. Õigusselgusest õiguskantsleri töös. – Õiguskeel 2008, 1. Kätesaadav: <http://www.just.ee/33692>, 09.02.13.

<sup>90</sup> J. Meyer-Ledewig. Europäische Menschenrechtskonvention. 3. Aufl. Baden-Baden, 2011, art 7 änr 5ff.

<sup>91</sup> EIÖK otsus *Sunday Times vs. Ühendkuningriik*, p 49. Kätesaadav:

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57584>, 09.02.13.

<sup>92</sup> EIK otsus *Kokkinakis vs. Kreeka*, p 40, 52

peab saama – kui tarvis, siis asjakohase nõustamise abiga – asjaolusid arvestades mõistlikul määral ette näha tagajärgi, mille teatud tegevus võib kaasa tuua.<sup>93</sup> Isikul peab olema võimalik piisava selgusega ette näha, missuguse õigusliku tagajärje üks või teine tegu kaasa toob. Normid, mis võimaldavad isiku õigusi piirata, peavad olema selgemad ja täpsemad.<sup>94</sup> Normi määratust ei tule hinnata konkreetse vaidluse poolte seisukohalt vaadatuna, vaid mõõdupuuks on normi adressaadiks olev, kujuteldav keskmiste võimetega isik.<sup>95</sup> Õigusselguse puuduseks on eestikeelses õiguskirjanduses toodud õigusaktide omavahelist mitteseostumist, kui on vajadus kohaldada neid koostoimes, ent ka keelelisi probleeme, nagu terminite mitmetähenduslikkus ja ebatäpsus.<sup>96</sup>

Nimetatud nõue ei ole absoluutne, EIK on käibele võtnud mõistliku ettenähtavuse kriteeriumi (vt eelmises lõigus esitatud sõnastust: „mõistlikul määral”), kinnitades, et „.../ tagajärjed ei pea olema absoluutse kindlusega ettenähtavad: kogemus näitab, et see on saavutamatu. Kuigi kindlus on väga soovitatav, võib sellega kaasneda ülemäärane jäikus, ent õigus peab suutma muutuvate oludega kaasa minna. Seetõttu on vältimatu, et paljud seadused on sõnastatud, kasutades termineid, mis on suuremal või vähemal määral ähmased ning mille tõlgendamine ja kohaldamine on praktika küsimus.”<sup>97</sup> Karistusõiguses ei saa absoluutse jäikuse järgimine olla eesmärk. Igapäevase reaalsuse muutumisega kaasaskäimiseks on teatav abstraktsus vajalik.<sup>98</sup> Täielikku kindlust ei ole võimalik saavutada, kuna see on puhtkeeleliselt võimatu.<sup>99</sup> Seda enam, et iseenesest tingib sõnade mitmetähenduslikkus ja tähenduste vaheliste piiride hajusus teatava ebaselguse enamiku koosseisuelementide puhul.<sup>100</sup> Nii on Riigikohus seonduvalt blanketsete kuriteokoosseisudega rõhutanud, et nende eesmärk on vältida vajadust kirjutada karistusõiguslikult tagatud regulatsioon karistusseadusesse ümber, mis oleks enamikel juhtudel ka normitehniliselt üle jõu käiv.<sup>101</sup> Samu seisukohti on Saksa õigusdogmaatikas kohaldatud ka normatiivsetele koosseisutunnustele.<sup>102</sup>

---

<sup>93</sup> EIK otsus *Sunday Times vs. Ühendkuningriik*, p 49. Vt põhimõtte õigusfilosoofiliste aluste kohta sissejuhatavalt. – J. Raz, *The Authority of Law*. Oxford, 1979, lk 214–217, p 226. T. R. S. Allan, *Legislative Supremacy and the Rule of Law*. – *Cambridge Law Journal* 1991, 111, lk 117.

<sup>94</sup> RKPSjvKo 3-4-1-16-05, p 21.

<sup>95</sup> Samas, p 23.

<sup>96</sup> N. Parrest. Õigusselgusest õiguskantsleri töös. – *Õiguskeel* 2008, 1.

Kättesaadav: <http://www.just.ee/33692>, 09.02.13.

<sup>97</sup> EIK otsus *Sunday Times vs. Ühendkuningriik*, p 49.

<sup>98</sup> EIK otsus *Kokkinakis vs. Kreeka*, p 40.

<sup>99</sup> A. Ashworth. *Human Rights, Criminal Law, and the Principles of Legal Certainty and Non-Retrospectivity*. – J. Arnold ua (Hrsg.). FS Eser. München, 2005, lk 54.

<sup>100</sup> W. Joecks. K. Miebach. *Münchener Kommentar zum StGB*. Bd 1. 2. Aufl. München, 2011, § 1 änr 41.

<sup>101</sup> RKKKo 3-1-1-90-06, p 24–25.

<sup>102</sup> W. Joecks. K. Miebach. *Münchener Kommentar zum StGB*. Bd 1. 2. Aufl. München, 2011, § 1 änr 43.

Seadusandja on KarS § 217<sup>2</sup> näol teinud teadliku valiku jätkata (eelkäija §-ga 289 sarnaselt) abstraktse mõistekasutusega koosseisu teel isikutevahelistest usaldussuhetest tulenevate kohustuste kriminaliseerimist.<sup>103</sup> Olgugi et üldiselt on õiguskirjanduses jaatatud, et eri sätete mitmetähenduslikkus võib olla käsitatav õigusselguse põhimõtte riivena, on § 217<sup>2</sup> sõnastus ja ka ülejäänud KarS antud küsimuses neutraalne: koosseis iseenesest ei viita vajadusele karistusõigusautonoomse tõlgendamise järele. Käesoleva töö ptk-s 1.1. viidatust tulenevalt on relatiivsete õigusmõistete tsiviilõigusaktseessoorsuse (või laiemalt – turumanipulatsiooni näitel<sup>104</sup> – koosseisu aluseks oleva õigusvaldkonna normide) toetamine koosseisude tõlgendamise küsimus. Normitehniliselt ei ole relatiivsete õigusmõistete (või siis ka näiteks blanketsete koosseisude) kasutamine taunitav ja on pigem vajalik, et EIK seisukoha järgi kaasas käia tegeliku elu nõudmistega.

Eespool esitatud argumentide põhjal on nii EIÕK-st kui ka riigisisest õigusest tuletatava õigusselguse põhimõtte kohaldamisala laiendatud lisaks seadusandjale ka kohtupraktikale. Lahendis Kokkinakkis vs. Kreeka rõhutas EIK, et ebamääraste mõistete – antud kaaseuse puhul proselütism (ingl *proselytism*) – kasutamine on karistusõiguses lubatav, kui mõiste on kohtupraktikas piisavalt sisustatud (eksisteerib mõiste sisustamiseks piisav kohtupraktika) ja nimetatud kohtupraktika on õiguse adressaadile kättesaadav.<sup>105</sup> Viimaste näol on tegemist formaalsete nõudmistega: piisab mingisuguse sisustuspraktika olemasolust ja selle kättesaadavusest. Paraku pole ei EIK ega ka Eesti kohtud kohtupraktikale mingeid sisulisi kriteeriume seadnud, mistõttu on õiguskirjanduses püütud välja töötada mingeidki üldisi kriteeriume, nagu A. Ashworthi *maximum certainty*-põhimõtte (hoiduma peaks täiesti ebamäärastest õigusmõistetest)<sup>106</sup> või siis Saksa karistusõigusdogmaatikas juurdunud „parima võimaliku täpsuse” nõue.<sup>107</sup>

Eelneva alusel on käesoleva analüüsi puhul võimalik lähtuda vaid varem märgitud põhimõttelisest eeldusest, et (a) relatiivsete õigusmõistete erinev sisustamine võib olla õigusselguse riive; (b) relatiivsete õigusmõistete kui sellise kasutamine ei ole iseenesest keelatud; (c) riive on lubatud, kui eksisteerib

<sup>103</sup> P. Pikamäe. J. Sootak. Tallinn, 2009, § 217<sup>2</sup> komm 1.1.

<sup>104</sup> Vt tekst alamärkuste 154 ja 418 juurde.

<sup>105</sup> EIÕK otsus Kokkinakkis vs Kreeka, p 40, 52. Eelnevat on jaatatud ka siseriiklikest aktidest tuleneva õigusselguse tõlgendamisel. – N. Parrest. Õigusselgusest õiguskantsleri töös. – Õiguskeel 2008, 1. Kättesaadav: <http://www.just.ee/33692>, 09.02.13. RKKKo RKPSjvKo 3-4-1-16-05, p 23. Vt ka käesoleva töö p 2.1.2.4.

<sup>106</sup> A. Ashworth. Human Rights, Criminal Law, and the Principles of Legal Certainty and Non-Retrospectivity. – J. Arnold ua (Hrsg.). FS Eser. München, 2005, lk 54. Vt täpsemalt A. Ashworth. Principles of Criminal law. 9<sup>th</sup> ed. Oxford, 2009, lk 62–66. Puutuvalt teatavasse resignatsioon samas küsimuses Saksa õiguses puutuvalt usalduse kuritarvitamise koosseisu ja määratluspõhimõtte vastavuses vt käesoleva töö ptk 2.1.2.4.

<sup>107</sup> Õigusselguse põhimõtte absoluutsel kohaldamisel oleks hinnanguliselt umbes pooled Saksa StGB koosseisud sellega vastuolus – W. Joecks. K. Miebach. Münchener Kommentar zum StGB. Bd 1. 2. Aufl. München, 2011, § 1 änr 41, 44, 46.

kohane õiguspraktika, mis sätteid sisustab. Siinse töö kirjutamise ajal on 217<sup>2</sup> kohta olemas mõningane hulk kõrgema kohtu praktikat, mis on *obiter dictum*'i korras koosseisu peamised kontuurid sisustanud,<sup>108</sup> on olemas seisukohad koosseisu rakendumise kohta juhatuse liikmete puhul,<sup>109</sup> samuti puutuvalt *kahjusse* ja sellega seondult koosseisu realiseerimisse katse kaudu.<sup>110</sup> Puudub praktika, kuidas rakendada koosseisu mõistet tsiviilõigusaktseessoorsuse raames; kohus on küll sisustanud ärakasutamiskoosseisu koosseisuteo *tehing* (tsiviilõigusaktseessoorsuse piires äärmiselt küsitavalt), ent otse tsiviilõigusaktseessoorsuse küsimusse üldises plaanis süvenemata.<sup>111</sup>

### 1.3.2. Süsteemne koherentsus

#### 1.3.2.1. Õigusharude kui süsteemide erinevad ülesanded

Õigussüsteemi sisene koherentsus on õiguskindluse põhimõtte üks tuletisi, olles eelmise kahe tsiviilõigusaktseessoorsuse toetamise vormeliga – relatiivsete õigusmõistete sisustamine tsiviilõigusaktseessoorselt karistusõiguse tõlgendusvormelite<sup>112</sup> kaudu (vt käesoleva töö ptk 1.1) ja õigusselguse põhimõttega – tihedalt seotud.<sup>113</sup> Süsteemse koherentsuse põhisisu kohaselt peaks õiguskord kui süsteem moodustama koherentse terviku, mis reageerib keskkonnast tulnud mõjutustele võimalikult ühtselt. RKKK on relatiivsete õigusmõistete sisustamisel seda põhimõtet ka järginud: töös varem viidatud RKKKo 3-1-1-28-09 ja 3-1-1-46-08 silmapaistvalt paljutähendusliku sõnastuse kohaselt tuleks õigussüsteemi terviklikkuse põhimõtet arvestades karistusõiguses *valduse* mõistet üldjuhul sisustada tsiviilõiguslike arusaamade alusel.<sup>114</sup> Eelnevale vaatamata on kohtupraktikas omaks võetud arusaam, et tulenevalt kahe õigusharu ülesannete erinevusest ei ole valduse mõiste karistusõiguses täielikult kattuv asjaõigusliku valduse mõistega.<sup>115</sup>

Mõistete *valdus* ja *tehing*<sup>116</sup> sisustamisel antud suunistest võib teha edasise analüüsi jaoks järgmised metalauselised järeldused: (a) tsiviil- ja karistusõigus

---

<sup>108</sup> RKKKo 3-1-1-4-08, p 26.

<sup>109</sup> RKKKo 3-1-1-61-09, RKKKo 3-1-1-100-09, 3-1-1-89-11.

<sup>110</sup> RKKKo 3-1-1-55-09, RKKKo 3-1-1-61-09.

<sup>111</sup> RKKKo 3-1-1-100-09, p 31.

<sup>112</sup> Õiguskorra ühtsust on toodud kui ühte süstemaatilise tõlgendusvormeli alust. D. Demko. Berlin, 2002, lk 122–126.

<sup>113</sup> Käesoleva töö lähtub suuresti 20. sajandi (peamiselt ingliskeelse) õigusfilosoofilises kirjan-duses esitatud jaotusest, mis näeb õigusriigi (ingl *rule of law*) põhimõtet kui eri argumentide kooslust, hõlmates muu hulgas puutuvalt karistusõigusesse kitsa tõlgenduse põhimõtte (vt käesoleva töö ptk 1.3.1) ja õiguskindluse (ingl *fair warning*; ptk 1.3.2). E. Colvin. Criminal Law and the Rule of Law. – P. Fitzgerald (ed.). Crime, Justice and Codification. Toronto, 1986, lk 134–135.

<sup>114</sup> RKKKo 3-1-1-28-09, p 8.2.–8.3.

<sup>115</sup> RKKKo 3-1-1-46-08, p 20.

<sup>116</sup> Tehingumõiste osas vt käesoleva töö ptk 3.3.3., eelkõige tekst alamärkuse 424 juurde.

on käsitatavad eraldi õigusharudena; (b) kummalgi õigussüsteemil on oma ülesanded, mis on erinevad; (c) relatiivsete õigusmõistete sisustamine peab olema identne (sõna „üldjuhul” kasutamine), ent punktist (b) tulenevatel kaalutlustel – erinevad ülesanded – võib eelnimetatud üldpõhimõtte kohaselt olla põhjendatud teha erandeid; (d) eelmistes punktides nimetatu ei või viia olukorrani, mil relatiivse õigusmõiste sisu karistusõiguses on vastuolus sama mõiste sisuga tsiviilõiguses.<sup>117</sup>

Riigikohtu praktika on peamise argumendina relatiivsete õigusmõistete sisustamise põhjendamisel lähtunud õigusharude erinevatest ülesannetest. RKKK ei ole täpsustanud, mida ta erinevate ülesannete all silmas peab. Klassikalise arusaama kohaselt on karistusõiguse eesmärk õigushüvede kaitse.<sup>118</sup> Eelneva seisukohaga seonduv diskussioon taandub suuresti kahele küsimustele: (a) kas karistusõigusel peaks olema mingi muu eesmärk, mis on kas siis õigushüvede kaitsega samaväärne või nende suhtes ülene; (b) kuidas määratleda õigushüvesid.<sup>119</sup> Käesolev töö lähtub antud küsimuses ajalooliselt enim suundaandvaks olnud H. Welzeli käsitlest, mille kohaselt on karistusõiguse funktsioon kaitsta inimeste koosseksisteerimise elementaarsemaid väärtusi. Üldistatult taandub edasine diskussioon karistusõiguse funktsiooni kohta H. Welzeli järgmisele käsitlele: väärtuste seleksioon toimub õigushüvede kaudu, õigushüvede kaitse kui sotsiaal-eetilise eesmärgi kinnitamine ei ole ainuüksi isenesest piisav, rõhutades vaid justkui tagajärjebaadõigust, kui tegelikkuses on oluline eelkõige teoebaadõiguse rõhutamine ehk abstraktselt ühiskonna vastuseis teo keelatusel. Eelnevast tulenevalt rõhutab H. Welzel, et karistusõiguse eesmärk on kaitsta elementaarseid sotsiaal-eetilisi väärtusi ja alles pärast seda tuleb õigushüvede kaitse, sotsiaal-eetiliste väärtuste kaitsmise kaudu.<sup>120</sup> Käesolev töö

---

<sup>117</sup> Viimane (d) järeldus põhineb RKKKo 3-1-1-28-09 p-s 8.2. antud lause „Siiski on oluline rõhutada, et käsitletaval juhul ei olnud karistusõigusliku valduse mõiste kasutamine mingil viisil vastuolus AÕS §-s 32 sätestatud valduse üldmõistega, sest karistusõiguslikult loeti valdajaks isikud, kellel oli tegelik faktiline võim juriidilisele isikule kuuluvate asjade üle.” Lühikokkuvõttes Riigikohtu lahendite märksõnastikulises andmebaasis on lahend kokku võetud järgmiselt: „Kuid karistusõigusliku valduse mõiste kasutamine ei tohi olla mingil viisil vastuolus AÕS §-s 32 sätestatud valduse üldmõistega.” Vt Riigikohtu kodulehekülje andmebaas. Kättesaadav:

<http://www.nc.ee/?id=11&sort=&indeks=0,1,69,13978,14204,14206>, 12.02.13.

<sup>118</sup> J. Sootak. Tallinn, 2003, lk 59 jj. J. Sootak (koost.). 2010, lk 34–38.

<sup>119</sup> Vt ülevaatlilikult. – C. Roxin. Strafrecht Allgemeiner Teil. Bd 1. 4. Aufl. München, 2006, lk 47–52. Y-C. Yoon. Strafrecht als ultima ratio und Bestrafung von Unternehmen. Fankfurt(aM), 2001, lk 23–30. K. Lüderssen. Primäre oder sekundäre Zuständigkeit des Strafrechts? – J. Arnold ua (Hrsg.). FS Eser. München, 2005, lk 165–166.

<sup>120</sup> H. Welzel. Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung. 11. Aufl. Berlin, 1969, lk 1–6. Eelnev järeldus on omakorda pinnaseks teistele teooriatele, mis seovad karistusõiguse funktsiooni inimeste kooselu muude väärtustega. – M. A. Niggli. Ultima Ratio? Über Rechtsgüter und das Verhältnis von Straf- und Zivilrecht bezüglich der sogenannt „subsidiären oder sekundären Natur” des Strafrechts. – Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht 1993, lk 240–244.

ei sea eesmärgiks antud probleemistikku ammendavalt laskuda, seda enam, et eestikeelne õiguskirjandus ja kohtupraktika näib siiski olevat lähtunud eeldusest, et karistusõiguse eesmärk on siiski õigushüvede kaitse.<sup>121</sup> K. Lüdderseni seisukoha järgi oleks alternatiivsete teooriate puhul karistusõiguse kui süsteemi käsitlus ülesande ebamäärasuse tõttu oluliselt raskendatud.<sup>122</sup> Küll on siinkohal kohane märkida, et eelkõige majanduskaristusõigusesse puutuvalt on kohtupraktika ja kirjanduse poolt jaatatud õigushüved kohati vägagi ebamäärase sisuga.<sup>123</sup>

Eelneva järelduse pinnalt tuleb K. Lüdderseni seisukoha kohaselt tsiviilõiguse eesmärki omakorda defineerida postulaadi kaudu, mille kohaselt on tsiviilõiguse näol tegu õigusvaldkonnaga, mis fikseerib sisulised keelud ja õigusjäreloomid, mis on nimetatud printsipiidele omased (olgu see siis nõudeõigused), kas siis n-õ pehmete meetmete (kujundusõigused taganemise ja ülesütlemise näol) või intensiivsemate meetmete (leppetrahvid jts) kaudu. Sarnaselt tsiviilõigusega oleks sellisel juhul ka haldusõiguse puhul keelud ja järeloomid fikseeritud kas haldusakti kehtetuse aluste (kui pehmed meetmed) ning näiteks sunniraha (kui n-õ karmimad meetmed) kaudu.<sup>124</sup> Eeskätt varavastaste süütegude eest kaitstavad õigushüved defineerib ja määrab normatiivselt tsiviilõigus. Tsiviilõigus kehtestab seega reeglid, kuidas nimetatud hüvedega ühiskonnas käituda. Kui neid reegleid rikutakse, määrab primaarsena nimetatud rikkumised tsiviilõigus. Karistusõigusel ei ole iseseisvat ülesannet, ta kehtib kui sekundaarne materia.<sup>125</sup>

### 1.3.2.2. Süsteemide omavahelisi suhteid puudutavad põhimõtted

Enne edasise analüüsi juurde asumist on kohane viidata mõlema õigusharu omavahelist seostumist puudutava mõttekäigu väljakujunemisele.<sup>126</sup> K. Bindingu 1885. a käsitluse kohaselt on karistusõigus osa isikuid kaitsvast õigusest (sks *Schutzrecht*), olles vaid muu õiguse suur aktessoorne osa. Karistusõigust ei saa seega vaadelda isoleerituna muust õigusest ja seda peab sisustama kooskõlas tsiviil-, riigi- ning rahvusvahelise ja menetlusõigusega. Karistusõigust peab

<sup>121</sup> J. Sootak. Tallinn, 2003, lk 59 jj.

<sup>122</sup> Õigushüvede kui mõiste konkreetsus võimaldab valdkonna kui iseseisva süsteemi adekvaatse käsitlemise – K. Lüderssen. „Systemtheorie“ und Wirtschaftsstrafrecht. – M. Böse. D. Sternberg-Lieben (Hrsg.). FS Amelung. Berlin, 2009, lk 72.

<sup>123</sup> Nt maksukaristusõiguses on peetud kaitstavaks õigushüveks nii maksude korrapärasest laekumist kui ka maksundust tervikuna. – RKKKo 3-1-1-94-06, p 11.3. P. Pikamäe. J. Sootak. Tallinn, 2009, 21. ptk komm 6.

<sup>124</sup> K. Lüderssen. Primäre oder sekundäre Zustandigkeit des Strafrechts? – J. Arnold ua (Hrsg.). FS Eser. München, 2005, lk 166–167.

<sup>125</sup> A. Dierlamm. Neue Entwicklungen bei der Untreue – Loslösung des Tatbestandes von zivilrechtliche Kategorien? – Strafverteidiger Forum 2005, 9, lk 397–398.

<sup>126</sup> Vt sissejuhatavalt. – A. Dierlamm. – Strafverteidiger Forum 2005, 9, lk 397–398. Vt samuti I. Kull. Korrupsioon ja tsiviilõiguslik vastutus. – Juridica 2000, 8, lk 524–528.

vaatama elusa osana suuremast süsteemist.<sup>127</sup> Vastupidiselt eelnevale on R. v Hippel 1925. a rõhutanud, et ajalooliselt on karistusõigus õiguse olulisemaid valdkondi. Seega selle sekundaarne olemus on põhjendatud vaid siis, kui vastav säte põhineb mingil muul teisest õigusharust antul. Seda tuleb karistusõiguses harva ette, mistõttu on juba ainuüksi vastava koosseisu olemasolul karistusõigus autonoomne valdkond.<sup>128</sup>

Varastest analüüsides praeguseni ilmselt suurimat tähelepanu naudib 1938. a H.-J. Bruns'i „Die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denkens“ (ee „Karistusõiguse vabastamine tsiviilõiguslikust mõtlemisest“), mille üsna otsekoheste käsitluse kohaselt peab karistusõiguse vabastama tsiviilõigusliku mõistekasutuse kütkeist, käsitlema karistusõigust primaarse õigusvaldkonnana ja sisustama mõisted autonoomselt. Bruns'i sõnakasutus on ilmikas kui mitte rõhuv: karistusõiguse teleoloogiline mõistekujundus saab võimalikuks vaid siis, kui see vabastatakse täiel määral tsiviilõiguse ahelaist (sks *Fesseln*), selle käsitlemine pelga kaitseõigusena, mis põhineb teiste õigusharude poolt primaarselt reguleeritavatel väärtustel (mille tõttu tuleb ka karistusõiguses rakendada vastavate valdkondade mõistekujundusmehhanisme), on ebaõige. Karistusõigus on siiski enamjaolt primaarne õigusvaldkond, millel peab olema iseenda mõistete sisustamise dogmaatika.<sup>129</sup> Vaatamata teose kantusele ilmselt tolaegsest poliitilisest taustast<sup>130</sup> – muu hulgas peaks lisaks *ratio legis*'ele mõistelist eraldamist toetama ka terve rahvatunne (sks *gesunde Volksempfinden*) –, samuti asjaolu, et H.-J. Bruns'i teose üks eesmärk on mõjutatud ilmselt ka asjaolust, et BGB kehtestati pärast StGB-d,<sup>131</sup> on teose otsekoheste diskussioonide allikas praeguseni: kuigi Bruns'i seisukohtade sõnakasutuse agressiivsus on ilmselgelt tänapäevasesse õigusdogmaatikasse sobimatu,<sup>132</sup> lõid H.-J. Bruns'i koolkonna esindajad hiljem teoreetilise aluse n-õ faktilise vaatenurga teooriale karistusõiguses,<sup>133</sup>

<sup>127</sup> K. Binding. Handbuch des Strafrechts. 1. Bd. Leipzig, 1885 (Neudruck Aalen, 1991), lk 9–10.

<sup>128</sup> R. v Hippel. Deutsches Strafrecht. Bd 1. Allgemeine Grundlagen. Berlin, 1925, lk 31jj .

<sup>129</sup> H.-J. Bruns. Die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denkens. Berlin, 1938, lk 12, 58, 72.

<sup>130</sup> P. Liversi seisukoht, mille kohaselt „selle teooriaga ei pea tegelema“. – P. Livers. Bern, 1977, lk 111.

<sup>131</sup> Vaatamata eelnevas alamärkuses märgitud P. Liversi pisut kurikuulsa sõnastusega seisukohale, et H.-J. Bruns'i teooriaga ei tasu tegeleda, on seisukoha välja öelnud P. Liversi hinnangul Bruns'i argumendid teatud määral tähelepanu väärt. Tuleb silmas pidada, et H.-J. Bruns'i teooria tugineb suuresti asjaolule, et StGB jõustus enne BGB-d. Šveitsis oli ajalisel vastupidi ning ZGB ja hilisema StGB väljatöötamisel hoidis seadusandja teadlikuna käsitluse mõlemast õigusharust, püüdes muu hulgas teadlikult kasutada samu mõisteid või mitte. – P. Livers. Bern, 1977, lk 111.

<sup>132</sup> A. Dierlamm. – Strafverteidiger Forum 2005, 9, lk 398.

<sup>133</sup> Vt eelneva ja ühtlasi hetke diskussiooni kohta. – K. Lüderssen. Die Wiederkehr der „Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken“ – eine Warnung. – U. Ebert (Hrsg.). FS Hanack. Berlin, 1999, lk 490 jj. K. Lüderssen. München, 2005, lk 163–164.

mille mõju ilminguks on peetud ka eelnevalt juba käsitletud karistusõiguslikku varamõistet.<sup>134</sup>

Kirjeldades karistusõiguse suhteid muude õigusvaldkondadega, kasutab tänapäeva karistusõigusdogmaatika mõisteid, nagu fragmentaarsus, aktsessoorsus, subsidiaarsus, *ultima ratio* ja õiguskorra ühtsus. Kirjandus ei ole nelja esimese mõiste täpsele eristamisele ülemäära tähelepanu pööranud, väga sageli on neid mõisteid kasutatud läbisegi ja teineteisega seostatuna.

Eestikeelses kirjanduses on fragmentaarsust sisustatud koos *ultima ratio* põhimõttega, definitsiooni kohaselt tagab (või tagavad) printsiip (või printsiibid), et „*karistusõigus ei kujuta endast terviklikku ja kõikehõlmavat õigusühvede kaitseüsteemi, vaid tagab omaenda kriteeriume /.../ kasutades kaitse üksnes teatud ühvedele./.../ Aktsessoorse ja fragmentaarse iseloomuga karistusõigus toimib subsidiaarselt – seda kasutatakse reguleerimisvahenina üksnes siis, kui see ei ole teiste reguleerimisvahenditega võimalik või on ebapiisav (karistusõigus kui ultima ratio).*”<sup>135</sup>

Kirjanduse teatav kergekäelisus mõistete eristamisel on arusaadav, kuna juba ainuüksi viidatud definitsiooni järgi on ilmne, et kõik eelmainitud mõisted (vt õiguskorra ühtsuse kohta ptk-s 1.3.2.3) ongi omavahel tugevalt läbipõimunud, mistõttu on absoluutne eristamine kohati võimatu. Esmalt puudub selge arusaam, mille poolest erinevad mõisted *subsidiaarsus* ja *aktsessoorsus* (mõisteid on peetud sünonüümideks),<sup>136</sup> ent samas on neid ka eristatud.<sup>137</sup> Teiseks on *subsidiaarsust* tuletatud *ultima ratio* põhimõttest: karistusõigust võib kasutada vaid siis, kui muud meetmed pole olnud piisavad. Kui samaväärsed meetmed on olemas, ei tohi karistusõiguse poole pöörduda. Selles mõttes on karistusõigusel sekundaarne, subsidiaarne sisu.<sup>138</sup> Samas on tähelepanu juhitud sellele, et *ultima ratio* kui selline rõhutab, millal riik peaks karistusõiguse kasuks otsustama,<sup>139</sup> st tegemist on negatiivse subsidiaarsusega. Positiivse subsidiaarsuse kohaselt on seadusandjal teatud juhtudel just kohustus olulised rikkumised

---

<sup>134</sup> M. Stölting. Das Tatbestandsmerkmal des fremden Vermögens bei der Untreue zum Nachteil von Personengesellschaften am Beispiel der GmbH & Co. KG. Frankfurt (aM), 2010, lk 78. H.-J. Bruns. Berlin, 1938, lk 294.

<sup>135</sup> J. Sootak. Tallinn, 2003, lk 57–58. Vt käesoleva töö autori käsitus *ultima ratio*st. – M. Kairjak. Prospectus Liability v. Criminal Punishment: The Case of Public v. Private (But without) Enforcement. – *Juridica International* 2012, lk 146–147, 150–151, 152–153.

<sup>136</sup> P. Livers. Bern 1977, lk 115.

<sup>137</sup> Subsidiaarsus rõhutab vastava alusõigusharu normide primaarsust karistusõiguse ees, aktsessoorsus kohustab karistusõigust sisulistes küsimustes tsiviilõiguskonformsusele. – T. Vornbaum. Fragmentarisches Strafrecht in Geschichte und Dogmatik. – *ZStW* 2011, 4, lk 668–669.

<sup>138</sup> P. Bringewat. Grundbegriffe des Strafrechts. Baden-Baden, 2003, lk 24–25.

<sup>139</sup> Vt sissejuhatavalt *ultima ratio* põhimõtte kohta, ent seda peajasjalikult karistusteoreetilistest vaatepunktist. N. Jareborg. Criminalization as Last resort. – *Ohio State Journal of Criminal Law* 2005, 2, 521–534. D. Husak. Applying Ultima Ratio: A Skeptical Assessment. – *Ohio State Journal of Criminal Law* 2005, 2, 535–545. Ajaloolise ülevaate kohta vt Y.-C. Yoon. Frankfurt(aM), 2001, lk 10–21.

kriminaliseerida.<sup>140</sup> *Ultima ratio*’t on käsitatud kui üldist põhimõtet, mis jaguneb vastavalt kvantitatiivseks (millised teod väärivad karistusõiguslikku sekkumist) ja kvalitatiivseks (milline on teo ebaõigussisu, mis väärib karistusõiguslikku sekkumist; viimasesse kuuluvad muu hulgas ka subsidiaarsus ja fragmentaarsus kui alampõhimõtted).<sup>141</sup>

Subsidiaarsusest tulenevalt tähendab seega karistusõiguse fragmentaarsus omakorda seda, et karistusõigus on eesmärgipäraselt lünklik, st ta ei sea eesmärgiks muuta kogu teatud valdkonna inimkäitumine karistatavaks.<sup>142</sup> Eelneva ilmselt tüüpilisim õpikunäide on asjaolu, et varavastaste süütegude puhul eeldab enamik koosseise tahtlikku rikkumist.<sup>143</sup>

Süvenemata eelmainitud põhimõtete – *fragmentaarsus*, *aktsessoorsus*, *subsidiaarsus*, *ultima ratio* ja *õiguskorra ühtsus* – täpsesse sisustamisse ja nende omavahelisse eristamisse, lähtub siinne töö eeldusest, mille puhul võiks *ultima ratio* või siis (negatiivse) subsidiaarsuspõhimõtte võtta kokku nelja järgmisesse teesi:

1. Seal, kus tsiviilõiguslikud reeglid võimaldavad piisavat profülaktilist kaitset, on teo lisahindamine karistusõiguse kaudu (st seda kriminaliseerides) mittevajalik ja –legitiimne.
2. Karistusõigus ei tohi seal, kus ta on juba kord kehtestatud, tegutseda tõkestavalt, teisisõnu: karistusõigus ei tohi hävitada korda, mida ta peaks kaitsma.
3. Karistusõigus ei ole foorum, kus lahendamata tsiviilõiguslikke küsimusi lahendada.
4. Karistusõigusel ei ole samuti ka ülesannet tsiviilõigusliku kaitse lünki, st tsiviilõigusliku regulatsiooni vigu tasandada, st kompenseerida.<sup>144</sup>

Klassikalise käsitluse kohaselt on karistusõigus teiste õigusharude – eelkõige tsiviil- ja haldusõiguse – suhtes subsidiaarne ja aktsessoorne (olles sekundaarse tähendusega ja antud valdkonna põhimõtetega seotud) ning fragmentaarne (kriminaliseerides vastava valdkonna raames vaid teatud rikkumised). K. Lüdersseni käsitluse kohaselt määrab just suunatus õigushüvede kui teiste õiguskordade poolt primaarsena reguleeritud hüvede kaitsele omakorda karistusõiguse aktsessoorsuse.<sup>145</sup>

Tuleb silmas pidada, et eelneva käsitluse näol on tegemist lihtsustatud lähenemisega, tänapäevane karistusõigus kui süsteem ei paista sellisele teooriale

---

<sup>140</sup> M. A. Niggli. – Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht 1993, lk 237–238.

<sup>141</sup> Y-C. Yoon. Frankfurt(aM), 2001, lk 22–40.

<sup>142</sup> P. Bringewat. Baden-Baden, 2003, lk 24–25. C. Roxin. Strafrecht Allgemeiner Teil. Bd 1. 4. Aufl. München, 2006, lk 45. Vt fragmentaarsuse kohta täpsemalt ja eelkõige seondult usalduse kuritarvitamise koosseisuga – D. Schilling. Frankfurt(aM), 2009, lk 222–224.

<sup>143</sup> M. Maiwald. Zum fragmentarischen Charakter des Strafrechts. FS Maurach. Karlsruhe, 1972, 12. jj. Värske kirjanduse kohaselt kogu *ultima ratio* põhimõtte eksistents nt majanduskaristusõiguse valdkonnas ainult sellega piirdubki. – T. Luttermann. – Wistra 2012, 7, lk 252.

<sup>144</sup> B. Haffke. Symbolische Gesetzgebung? – Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 1991, lk 166.

<sup>145</sup> A. Dierlamm. – Strafverteidiger Forum 2005, 9, lk 397–398.

vastavat: esmalt on valdkondi, milles karistusõigus on ilmselt primaarne valdkond, mis käitumise lubatavuse või keelatatavuse üle otsustab.<sup>146</sup> Teiseks on ka klassikalise arusaama järgi selgelt subsidiaarsetes ja fragmentaarsetes karistusõiguse harudes – varavastased süüteod<sup>147</sup> – süstemaatiliselt karistusõiguslikku kaitset laiendatud hüvedele, mida tsiviilõiguses aktsepteeritud ei ole. Eelneva peamine teoreetiline alus on mõistetavalt siinses töös varem käsitletud varamõiste, peamine praktiline põhjus siiski relatiivsete õigusmõistete (kas siis teadlik – nt *valdus* – või vähemteadlik) sisustamine.

Eksisteerib piisavalt õigusvaldkondi, mille puhul on karistusõigus vägagi primaarse tähendusega juba ainuüksi ajaloolises perspektiivis – klassikalise näitena võib tuua isikuvastased süüteod.<sup>148</sup> Isikuvastastes süütegude korral (õigushüve *elu*) on karistusõigus primaarne õigusvaldkond, tsiviilõiguslikud kahjunõuded, avaõiguslikud normid eluga seoses on selgelt sekundaarse sisuga. Mõistetavalt on valdkondi, mille puhul seos vastava valdkonna alusnormidega on ilmsem: siinse analüüsi seisukohalt peamiste näidetena majanduskaristus- ja varavastaste süütegude õigus. Ettevõtlus vajab ruumilist vabadust, mida tagab kohane ja sisuline reeglistik, seepärast peaks karistusõigus antud küsimuses olema selgelt *ultima ratio*, kuna vara puudutav kord (vähemalt majandussuhetes) on primaarselt lepingu-, ühingu-, kontserni-, maksejõuetus- ja maksuõiguse tuumikala.<sup>149</sup> Eelnevale vaatamata on, eelkõige puutuvalt majanduskaristusõigusesse (mille üks keskseid norme on koos kelmusega ka usalduse kuritarvitamine), nüüdisaja valdkondades, nagu rahapesu, korruptsioon, võltsimine,<sup>150</sup> ent ka üldosaliste institutidega seoses (nt faktiline ühingujuht)<sup>151</sup> – üsna küsitav, kas karistusõiguse näol on tegemist kuidagiviisi sekundaarse valdkonnaga.<sup>152</sup>

Värskemal õiguskirjanduses on majanduskaristusõigusega seoses lisaks selle subsidiaarsusele tõsisel määral küsitavuse alla pandud ka karistusõiguse fragmentaarsus. Eelkõige on fragmentaarsuses kahtlema sundinud äärmiselt abstraktse sisuga koosseisud, mis võimaldavad relatiivsete õigusmõistete

---

<sup>146</sup> Tüüpiline on näide sellest, et tsiviilõigus ei sekku kuidagiviisi altkäemaksu koosseisutunnuse ebaõiguskokkulepe siduvuse reguleerimisse. – K. Lüderssen. Die Wiederkehr der „Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken“ – eine Warnung. – U. Ebert (Hrsg.). FS Hanack. Berlin, 1999, lk 488. K. Lüderssen. München, 2005, lk 166–167. Altkäemaksu ebaõiguskokkulepe kohta vt RKKKo 3-1-1-118-06, p 14.

<sup>147</sup> P. Bringewat. Baden-Baden, 2003, lk 25.

<sup>148</sup> Nii on karistusõiguse kaitse ilmne (ja põhiseadusest tuletatav) näiteks elu kaitse puhul, mil mitte ükski muu õigusharu ega sotsiaalse kontrolli viis ei taga sellele väärtusele, elule, piisaval määral kaitset. – P. Bringewat. Baden-Baden, 2003, lk 25.

<sup>149</sup> T. Luttermann. – Wistra 2012, 7, lk 258.

<sup>150</sup> Tegemist on üldjuhul näilike tehingutega TsÜS § 84 tähenduses. Vt samas RKKKo 3-1-1-46-07. Korruptsiooni reguleerimise meetmed tsiviil- ja karistusõiguslike reegli kaudu, vt I. Kull. – Juridica 2000, 8, lk 524–528.

<sup>151</sup> Vt lähemalt. – M. Kairjak. Faktilise ühingujuhi karistusõiguslik vastutus – Juridica 2011, 7, lk 540–547.

<sup>152</sup> K. Lüderssen. Berlin, 1999, lk 488, 499. K. Lüderssen. München, 2005, lk 166–168.

rööbitisi tähendusi. Tuleb silmas pidada, et KarS §-d 217<sup>2</sup> ja 209 kui majanduskaristusõiguse põhinormid on n-õ klassikalised, märkimisväärselt kõrge abstraktsusastmega süüteod, mis kasutavad peamiselt isikuvastaste süütegude pinnalt väljatöötatud dogmaatilisi põhimõtteid.<sup>153</sup> Eelneva tõdemuse pinnalt nendib K. Tiedemann, et selliste abstraktsete koosseisude probleem tänapäevases majanduskaristusõiguses on kurikuulus: koosseisud viivad mitme tõlgendusprobleemi teketele juba ainuüksi eri reeglite tõttu tsiviil- ja kriminaalkohtumenetluses ja see viib paljude karistusõigusautonoomsete mõistete tekkimisele ka valdkondades, kus tegelikult kaitstakse selgelt karistusõigusvälist hüve.<sup>154</sup> Kokkuvõttes on tuntav selliste seisukohtade esiletõus, mis tõstatavad küsimuse, kas majanduskaristusõiguses üldse mingisugune subsidiaarsuspõhimõte eksisteerib.<sup>155</sup>

### 1.3.2.3. Subsidiaarsus ja varamõiste

Käesoleva töö ptk-s 1.3.2.2. käsitletu ei tähenda mõistagi seda, et subsidiaarsus negatiivses tähenduses, vähemalt teatud määral, ei võiks kõne alla tulla varavastaste süütegude ja seega ka KarS § 217<sup>2</sup> puhul.<sup>156</sup> Antud juhul on üsna määrava tähendusega KarS § 217<sup>2</sup> koosseisu ja varamõiste omavaheline suhestumine. Nagu eespool märgitud, on karistusõigusliku varamõiste puhul jaatatud karistusõiguslikku kaitset väärtustele, mida tsiviilõigus ei reguleeri, mistõttu on selle pinnalt ka varavastaste süütegude subsidiaarsus ja fragmentaarsus küsitav: koosseisud kaitsevad väärtusi, mida tsiviilõigus ei tunne. Eelnevalt on ka viidatud, et varamõiste selline sisustamine on käsitatav karistusõiguse kui süsteemi struktuuralse seosena süsteemiga *majandus*, mitte aga *õigus* või *tsiviilõigus*.

Enne edasise analüüsi juurde asumist tuleb seega KarS § 217<sup>2</sup> koosseisu relatiivsete õigusmõistete sisustamiseks piiritleda õigushüvede hulk, mida koosseis kaitseb. Koosseis kuulub KarS 13. ptk-s loetletud varavastaste süütegude hulka. Koosseisu sõnastust teiste varavastaste süütegudega võrreldes tuleb märkida, et koosseisu ebaõigussisu ei ole mitte pelgalt omandi või valduse, vaid majanduskäibes üsna spetsiifilise suhetekompleksi kaitse: teise isiku vara suhtes teatava mõjuvõimu kohustustevastane kasutamine, puudutades nn seestväljapoole-rikkumisi.<sup>157</sup> Olgugi et nii Eesti kui ka Saksamaa karistusõigust

<sup>153</sup> Saksa õiguskirjanduse näitel tahtluse mõistega seonduvad raskused tänapäevases majanduskäibes, nt juhatuse liikmete vastutusest tulenevalt. – T. Luttermann. *Wistra* 2012, 7, lk 252.

<sup>154</sup> Käesoleva töö autor toob siinkohal näitena RKKK seisukoha turumanipulatsiooni sisustamisel (RKKKo 3-1-1-36-12).

<sup>155</sup> K. Tiedemann. *Strafrecht in der Marktwirtschaft*. FS Stree und Wessels. Heidelberg, 1993. K. Volk. *Strafrecht und Wirtschaftskriminalität*. – *Juristische Zeitung* 1982, lk 88 ff. B. Haffke. *Symbolische Gesetzgebung? – Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 1991, lk 167 ff.

<sup>156</sup> P. Bringewat. *Baden-Baden*, 2003, lk 25.

<sup>157</sup> T. Rönnau. – *ZStW* 2007, 119, lk 891.

käsitlev kirjandus on pidanud koosseisu kaitstavaks õigushüveks vara,<sup>158</sup> on just koosseisu poolt hõlmatud teo ebaõigussisu alusel püütud koosseisu kaitstavaid õigushüvesid laiendada üsnagi ebamäärastele mõistetele, nagu *võlausaldajate huvid* või siis *majanduskäibe efektiivsus*.<sup>159</sup> Lisaks koosseisu sõnastusele on – eelkõige Saksa kohtupraktikas – seoses nõusoleku kui objektiivse koosseisu välistava asjaoluga ühingujuhi rikkumise puhul püütud väita, et see hõlmab muu hulgas ka võlausaldajate huvide või vara omaniku käsutusvõimu (omaniku nõusolek kui koosseisu välistav asjaolu) kaitset. Seonduvalt koosseisu keskse positsiooniga majanduskaristusõiguses on sellele antud selgelt kriminaalpoliitilistest eesmärkidest lähtuvaid kaitse-eesmärke: nt kollektiivne õigushüve, mida on tähistatud väljendiga *majanduskäibe aususe usaldamise kaitse*.<sup>160</sup> Üks nimetatud seisukohtade kujunemise kaalutlusi on sõnamäng, mille kohaselt ei ole koosseisu kaitstav õigushüve mitte „vara läbi usaldussuhte kahjustamise”, vaid „usaldussuhte kahjustamine läbi vara kahjustamise”.<sup>161</sup>

Eelnevate argumentide näol on tegemist suuresti kriminaalpoliitilistest, mitte dogmaatilistest kaalutlustest tulenevate eesmärkidega koosseisu rakendamisel, mis käsitlevad usalduse kuritarvitamist kui moodsa majanduskaristusõiguse keskset normi ja seeläbi püüavad koosseisule anda võimalikult laia tähenduse majanduselus esile kerkinud eri probleemide lahendamisel.<sup>162</sup> Asjaolu üle, et KarS § 217<sup>2</sup> koosseis on potentsiaalselt laia rakendusala ja annab teatava paindlikkuse erinevate majandusrikkumistega tegelemiseks, ei ole iseenesest vaidlust.<sup>163</sup> Tuleb silmas pidada, et kriminaalpoliitilistel kaalutlustel §-s 217<sup>2</sup> koosseisuelementidele laiendava tõlgenduse andmisele tuleb pöörata tavalisest suuremat tähelepanu.<sup>164</sup> Kokkuvõttes pole eelnevad käsitlused saanud

---

<sup>158</sup> P. Pikamäe. J. Sootak. Tallinn, 2009, § 217<sup>2</sup> komm 1.1.

<sup>159</sup> Vt ülevaadet – H. Satzger. B. Schmitt. G. Widmaier (Hrsg.). Köln, 2009, § 266 änr 1.

<sup>160</sup> D. Schilling. Frankfurt(aM), 2009, lk 47–50. R. Hefendehl. O. Hohmann (Hrsg.). München, 2006, § 266 änr 1.

<sup>161</sup> Vt ülevaatlikult. – H-W. Laufhütte. R. Rissing-van Saan. K. Tiedemann (Hrsg.). Berlin, 2012, § 266 änr 23.

<sup>162</sup> H. Aschenbach. A. Ransiek. Handbuch Wirtschaftsstrafrecht. 3. Aufl. Heidelberg ua, 2012, lk 553.

<sup>163</sup> Olgugi, et selline järeldus on esitatud StGB § 266 puudutavas kirjanduses, on see autori hinnangul kohaldatav ka KarS § 217<sup>2</sup> puhul. Siinkohal on oluline rõhutada et värskeas Saksa õiguskirjanduses on usalduse kuritarvitamise koosseisu ja finantskriisi käsitlemisel täheldatud selget suundumust, et tsiviilõiguslike mõistete sisustamisel hakkavad kohtud tegema õiguspoliitilisi otsuseid – mh nt majanduskriisist tulenevalt. Tuleb siiski silmas pidada, et karistusõigusel ei saa edasiste majanduskriiside ärahoidmisel (st preventiivse rolli omajana) olla primaarne roll, seda peab tegema ühingu- ja kapitaliturgude õigus, mitte aga karistusõigus valgel hobusel. Usalduse kuritarvitamise koosseisul – ükskõik millise riigi oma see ka ei oleks – pole roll edasisi kriise ära hoida. – W. Wohlers. Die strafrechtliche Bewältigung der Finanzkrise am Beispiel der Strafbarkeit wegen Untreue. – ZStW 2011, 4, lk 793–795, 806.

<sup>164</sup> Koosseisu laia sõnastuse tõttu tuleks vältida selle muutumist n-õ *catch-all*-sätteks. – KarS § 217<sup>2</sup> eeskujuks olnud StGB § 266 puhul on märgitud, et selle (eelkõige aga usalduse murdmise koosseisu) sõnastamisel oligi eesmärgiks viia see nii laiaks kui võimalik, et

valitsevaks, need on vastuolulised juba esmalt dogmaatilises perspektiivis: käsitlused ei tee vahet õigushüve ja ründeobjekti vahel, käsitades õigushüvena ilmselgelt väärtusi, mida koosseisupärase teoga on võimalik riivata, ent mida koosseis ei pea abstraktsel tasemel kaitsma.<sup>165</sup>

Kui lähtuda eeldusest, et KarS § 217<sup>2</sup> poolt kaitstav õigushüve on vara, on loogilise sammuna tähendus sellel, missuguse tähenduse annab mõistele *vara* karistusõigus. Vähemalt dogmaatikas on karistusõiguslik varamõiste olulisel määral tsiviilõiguslikust erinev, keskendudes muu hulgas ka selliste varaliste väärtuste kaitsele, millega tsiviilõigus ei tegele<sup>166</sup>: majanduslik varamõiste hõlmab ka väärtusi, mis ei kuulu vara alla TsÜS § 66 tähenduses (heade kommete vastane nõudeõigus). Eelkõige tulenevalt karistusõiguslikust varamõistest on omakorda tuletatud õigushüvede topeltkarakter: varavastased süüteod kaitsevad üldjuhul küll väärtusi, mida tsiviilõiguses on arvatud kaitsmisväärseks, ent teatud juhtudel kaitsevad ka väärtusi, mis tsiviilõigusele otseselt huvi ei paku.<sup>167</sup> Nii on ka varguse ja omastamise puhul – olgugi et neid peaks sisustama mõiste *võõras* tsiviilõigusaktseessoorse sisustamise kaudu, st tegemist on koosseisudega, milles relatiivseid õigusmõisteid tuleb tõlgendada koosmõjus õiguskorra ühtsusega – jaatud koosseisude kohaldumist ka varastatud asja valduse kaitsele (igas olukorras, st ka siis, kui omaabi kasutamine on välistatud). Tavaliselt on nimetatud juhul põhjenduseks toodud õiguskorra lisakaitse vajadust,<sup>168</sup> täpsustamata samas, milles nimetatu konkreetselt seisneb. Kui jõuda seisukohale, et tsiviilõigus ei väärtusta varga positsiooni tema valduse kaitsele – mida aga teeb nt KarS § 199 lg 1 – on ka klassikaliste varavastaste süütegude puhul subsidiaarsus olulisel määral kahtluse alla seotud. Küll peab arvestama, et tegelikult on ka asja eelnevalt varastanud isiku valdus kaitstud AÕS järgi, mistõttu eelneva, eeskätt K. Lüdersseni toodud, näite varal ammendavat järeldust varavastaste süütegude subsidiaarsuse puudumise kohta teha ei saa.

Küll on kohane märkida, et küsimus, kuivõrd peaks ka KarS § 217<sup>2</sup> puhul karistusõiguslikust varamõistest lähtuma, on seni Eesti kohtupraktikas lahendamata. Üldjuhul peaks varavastaste süütegude kui kitsalt karistusõiguse osasüsteemi puhul olema kohane ühtset varamõistet kohaldada kõigi koosseisude puhul, mis selle kaitsele on suunatud.<sup>169</sup> Antud positsiooni sisuliste tagajärgede osas KarS § 217<sup>2</sup> koosseisule on tüüpiline näide äriühingu juhatuse

---

kasutada seda võimalikult paljude etteheidetavate tegude puhul. Sellist eesmärki seostatakse 1930. aastate Saksamaa õigusfilosoofiaga. – vt W. Kargl. Missbrauchskonzeption von Untreue (§ 266 StGB). Vorschläge de lege ferenda. – ZStW 2001, 113, lk 567–569.

<sup>165</sup> R. Hefendehl. Das Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm. – R. Hefendehl. A. v. Hirsch. W. Wohlers (Hrsg.). Die Rechtsguttheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel? Baden-Baden, 2003, lk 119–132.

<sup>166</sup> Mõistekasutuse „ei tegele antud küsimusega” kohta vt teksti alamärkuse 171 juures.

<sup>167</sup> M. A. Niggli. – Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht 1993, lk 240–244.

<sup>168</sup> K. Lüderssen. München, 2005, lk 171–176.

<sup>169</sup> H. Aschenbach. A. Ransiek. Heidelberg, 2012, lk 600.

liikmest, kes kasutab ühingu rahalisi vahendeid konkurentsi kahjustava kokkuleppe rahastamiseks või altkäemaksuks.<sup>170</sup> Tegemist on tühistate tehingutega, st tsiviilõigus nimetatud tehinguid ei aktsepteeri (kasutades P. Liversi sõnastust „ei tegele antud küsimusega”).<sup>171</sup> Selle situatsiooni näol on tegemist olukorraga, mis kuulub karistusõigusliku varamõiste dogmaatikasse – kas antud juhul peaks jaatama juhatuse liikme vastutust kahjuliku tehingu tegemise eest, olgugi et tehing ise oli algusest peale kehtetu?

Käesoleva töö autor ei saa välistada, et eelmisele küsimusele on kohtupraktika kaudselt juba vastuse andnud, sama küsimust puudutatakse ka käesoleva töö ptk-s 3. Kui jaatada KarS § 217<sup>2</sup> põhinemist karistusõiguslikul varamõistel on nii ptk-s 1.2.2 kui ka käesolevas peatükis esitatud näidete varal koosseisu tsiviilõigusaktseessoorsuse tuletamine subsidiaarsuse põhimõttest kaheldav. Jättes kõrvale kriitika koosseisu õigushüvede sisustamisest kriminaalpoliitiliste väärtustega, on ilmne, et koosseisu ei saa käsitada kui vaid pelka varavastast süütegu, tegemist on ühtlasi ka majanduskaristusõiguse ühe põhinormiga, olles koos KarS §-ga 201 üks peamisi ühingujuhi rikkumisi kriminaliseerivaid norme.<sup>172</sup> Pidagem silmas, et eelnevalt juhiti käesolevas töös majanduskaristusõigusega seondult tähelepanu sellele, et ka viimase puhul on õigusvaldkonna subsidiaarsus vähemalt teatud õigusvaldkondadesse puutult kaheldav.<sup>173</sup> Nii kaua, kui on reaalne võimalus, et KarS § 217<sup>2</sup> antakse tõlgendus, mille kohaselt see lähtub karistusõigusautonoomsest varamõistest, on võimalik ka antud koosseisu puhul jaatada selle ulatumist hüvedele, mis ei kattu täies ulatuses tsiviilõiguses käsitletutega. Eelnev võib kaasa tuua KarS § 217<sup>2</sup> subsidiaarsuse ja relatiivsete õigumõistete tsiviilõigusaktseessoorsuse eitamise edasises kohtupraktikas.

Küll tuleb silmas pidada, et juba ainuüksi süstemaatilisel – paiknemine KarS 13. ptk-s – on koosseisu näol tegemist siiski varavastaste süütegude hulka kuuluva koosseisuga, millel on väga konkreetne kaitstav õigushüve – vara – ja koosseis koosneb mitmest tsiviilõigusega puutumust omavast relatiivsest õigumõistest. Asjaolu, et KarS § 217<sup>2</sup> koosseisul on praktiline tähendus majanduskaristusõiguses, ei saa muuta selle poolt kaitstavat õigushüve ega ka muid sellega seonduvaid tõlgenduslikke kaalutlusi. Eelnevast tulenevalt on õiguskirjanduses esitatud seisukoht, et just usalduse kuritarvitamise koosseisu aktseessoorsus erinevate õigusvaldkondadega on põhjus, miks ta on majanduskaristus-

---

<sup>170</sup> Vt näite osas koos viidetega kohtupraktikale. – L. Kuhlen. Gesetzlichkeitsprinzip und Untreue. – Juristische Rundschau 2011, 6, lk 247. Altkäemaksu saamist või tasumist juhatuse liikme poolt usalduse kuritarvitamisena analüüsiv diskussioon on käesoleva töö kirjutamise hetkel eriti terav seondult näiteks Saksa kõrgema kohtu kohtupraktikaga. – BGH, Urt. v 02.12.2005. a – 5 StR 119/05 (LG Köln). – Neue Zeitschrift für Strafrecht 2006, 4, 210–214. E. Kempf. Berlin, 2008, lk 255–267.

<sup>171</sup> P. Livers. Bern, 1977, lk 109 jj.

<sup>172</sup> Vt näidetena kohtupraktikast RKKKo 3-1-1-61-09, 3-1-1-100-09, 3-1-1-89-12.

<sup>173</sup> Vt käesoleva töö ptk 1.3.2.2

õiguse keskne koosseis.<sup>174</sup> See argumentatsioon ei välista siiski, et koosseisu sidumisel tuntavalt karistusõigusautonoomse varamõistega võib koosseis hakata täitma teatavaid kriminaalpoliitilisi eesmärke – vt käesoleva töö ptk-s 1.2.1 käsitletut seondvalt karistusõigusliku varamõiste põhjendustega – ja seeläbi kaotada selge seose tsiviilõigusega, st kaotada oma subsidiaarse iseloomu.

#### 1.3.2.4. Õiguskorra ühtsus

Käesoleva töö ptk-des 1.3.2.2 ja 1.3.2.3 käsitletu osutas sellele, et ka varavastaste süütegude korral on karistusõiguse subsidiaarne eksistents (vähemalt teatud määral) kaheldav. RKKK eelviidatud praktikas kasutas kohus mõistete *valdus* ja *tehing* sisustamisel korduvalt mõistet õiguskorra ühtsus. See mõiste põhineb K. Engischi 1935. a pärit klassikalisel käsitlusel, mille kohaselt on iga õigussäte seotud kogu õiguskorraga, mitte ainult konkreetse seadusega, ja nimetatut tuleb tõlgendada üldise seose kohaselt. Õiguse kohaldamine on seega kogu õiguse kui terviku kohaldamine, st sätteid kohaldatakse koosmõjus muude sätetega. Õiguskord ei saa olla vastuoluline.<sup>175</sup>

Tuleb silmas pidada, et õiguskorra ühtsus K. Engischi järgi seondub eelkõige sisuliste vastuolude kõrvaldamisega, st ühes õigusvaldkonnas lubatav ei saa karistusõiguses olla õigusvastane; tegemist on eelkõige õigusvastasuse tasandisse kuuluva küsimusega.<sup>176</sup> Kui teises õiguskorras lubatu ei välistaks teo õigusvastasuse, oleks tegemist *ultima ratio* ja subsidiaarsuse põhimõtte riivega.<sup>177</sup> Ka K. Engisch ise ei laienda oma käsitlust liigselt mõistete sisustamisele, käsitades mõiste *valdus* relatiivsust karistus- ja tsiviilõiguses pigem tehnilise küsimusena, mis ei tekita koosseisude vahel põhimõttelisi vastuolusid.<sup>178</sup> Eelneva pinnalt on rõhutatud, et õiguskorra ühtsuse printsiipi tuleb sisustada eelkõige materiaalselt, mitte formaalselt. Oluline on seega sisuliste vastuolude puudumine õiguskorra sees, mitte aga formaalne (st mõisteline) ühtlus. Õiguskindluse seisukohalt on õigupoolest ebaoluline, kas identsel õigusmõistel peab mõlemas õigusharus olema sama tähendus või mitte. Oluline on, et vastav mõiste oleks sisuga, mis õigussüsteemi sees tekitab oma tähend-

---

<sup>174</sup> Samas seisukoha autor T. Rönau kasutab mõistet aktsessoorsus, et kirjeldada vaid koosseisu seotust teatavate valdkondadega, tähistades sellega koosseisu rakendamise eri tüüpide tekkimist ühinguõiguses, pangandusõiguses jm, võtmata samas seisukoha koosseisu ja nimetatud alusvaldkondade omavahelise seotuse kohta. Lisaks rõhutab autor, et majanduskaristusõiguse alusnorm on ta eelkõige siiski kriminaalpoliitilises (võimalik lai rakendusala), mitte süstemaatilises tähenduses, olles olemuselt siiski klassikaline varavastane süütegu. – T. Rönau. – ZStW 2007, 119, lk 887–888, 899–902.

<sup>175</sup> K. Engisch. *Einheit der Rechtsordnung*. Darmstadt, 1935 (Neudruck Darmstadt, 1987), lk 27 jj.

<sup>176</sup> Samas, lk 32–36. Vt ka K. Schmidt. *Einheit der Rechtsordnung – Realität? Aufgabe? Illusion?*. – K. Schmidt (Hrsg.). *Vielfalt des Rechts – Einheit der Rechtsordnung?* Berlin, 1994, lk 13.

<sup>177</sup> J. Sootak (koost.). Tallinn, 2010, lk 334.

<sup>178</sup> K. Engisch. *Darmstadt, 1935 (Neudruck Darmstadt, 1987)*, lk 44–46.

dusega ühtsuse, arvestades iga õigusvaldkonna eesmärgi. Õiguspõhiste identne tähendus ei vii sisulise vastavuseni.<sup>179</sup>

Õiguskorra ühtsuse põhimõtte järel on seega eelkõige aluspiiri seadmine – RKKKo 3-1-1-28-09 argumentatsioonist tulenevalt on karistusõigus puutuvalt tsiviilõigusesse vähemalt sellises ulatuses tsiviilõigusaktse soodne, et tsiviilõiguses lubatu ei saa olla iseenesest keelatud karistusõiguses. Küll on eelneva põhimõtte seostumine karistusõigusliku mõistekujundusega, samuti nt kohtupraktikas turumanipulatsiooni puudutavat silmas pidades üsna ebaselge.<sup>180</sup> Eelnev seisukoht eeldaks, et olemuselt ei tohiks relatiivsete õiguspõhiste sisustamine tuua kaasa laiema tõlgenduse kui tsiviilõiguses. Selline õiguskorra ühtsuse poolt seotud postulaat ei vasta õiguskirjanduse ja kohtupraktika tege- likkusele – paratamatult on teatud juhtudel võimalik, et näiteks mõistete *tehing* või *rikkumine* sisustamine võib viia olukorrani, kus lõpptulemusena on kohustuse rikkumisena karistusõiguslikult käsitatav ka rikkumine, mis tsiviilõigusliku rikkumisena käsitatav ei ole. Kõige selgemalt ilmneb seesugune olukord kohustuse rikkumise sisustamisel (vt käesoleva töö ptk 4). Samavõrd on kohtupraktika läinud karistusõiguses võrreldes tsiviilõigusega ka mõiste *tehing* oluliselt laiema sisustamise teele. Seega sarnaselt eelviidatud subsidiaarsuse ja fragmentaarsuse põhimõttega on ka õiguskorra ühtsuse põhimõtte faktiline ja normatiivne kehtimine kaheldav.

### 1.3.2.5. Subsidiaarsuse ja õiguskorra ühtsuse preskriptiivne iseloom

Ptk-des 1.3.2.1–1.3.2.4 esitatud näidete varal tuleb paratamatult järeldada, et karistusõiguse subsidiaarsuse põhimõtte normatiivne või empiiriline kehtivus ei ole eriosa pinnalt vähemalt täies ulatuses tõestatav<sup>181</sup> ega ka ilmselt võimalik.<sup>182</sup>

Eelneva alusel on nii õiguskorra ühtsuse kui ka subsidiaarsuspõhimõtte puhul selgelt täheldatav selle käsitlemine pigem arhetüübina või ideaalina, mille poole kitsalt karistusõigus (subsidiaarsuspõhimõte) ja õigus kui süsteem (subsidiaarsuse ja õiguskorra ühtsuse põhimõte) võiks püüelda, kohaldades eris- tusena põhimõttest *in dubio pro libertate* tuletatavat põhimõtet *in dubio contra delictum*, nagu selle on esile toonud T. Vornbaum.<sup>183</sup> Kui eeldada, et kõigil

<sup>179</sup> Vt ülevaatlilikult D. Demko. Berlin, 2002, lk 153–161.

<sup>180</sup> Vt tekst alamärkus 154 ja 418 juurde.

<sup>181</sup> B. Haffke. – Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 1991, lk 166.

<sup>182</sup> Näitena Šveitsi StGB puudutavas kirjanduses esitatud tõdemusest, et seadustiku välja- töötamisel oli relatiivsete õiguspõhiste identne sisustamine teadlik eesmärk. Seadustiku rakenduspraktikas ei ole see realiseerunud, peaaegselt viitega just õigusarude erinevatele ülesannetele. P. Livers. Bern, 1977, lk 113.

<sup>183</sup> T. Vornbaum. „Politisches Strafrecht?“. – ZStW 1995, lk 744. C. Roxin toob näitena, et postulaadi normatiivse sisu määratlemine on keeruline: eristada võib kahte probleemi, kuna majandusvaldkonnas on sageli nt mingid lisameetmed isegi koormavamad kui väikese või keskmise karistusmääraga koosseisud. Teiseks, selleks, kas muud instrumendid sobivad, on

õigusharudel on mingi eesmärgipüstitus (nt karistusõigusel õiglus ja õiguskindlus õigushüvede kaitse kaudu), võiks teha järelduse, et karistusõigus kui selline peaks end tähistama kui karistuse piiritlemise teadus (sks *Strafbegrenzungswissenschaft*, mõistagi võib karistusõigus tegeleda ka muude eesmärkidega). Eelnev osutab sellele, et subsidiaarsuse näol on pigem tegu mõttestruktuuriga, eesmärgiga karistusõigust mitte piiritleda, vaid rõhutada õigusharude vahetegu, ideelise püüdlusega õigusharude omavahelise kooskõla saavutamiseks.<sup>184</sup> Samaväärselt on ka fragmentaarsuse puhul eristatud selle deskriptiivset ja preskriptiivset sisu: esimesel juhul määratakse alad, mille puhul on seadusandja karistusõigusliku sekkumist vajalikuks pidanud. Preskriptiivne fragmentaarsus on seadusandjat kohustav ideaal, mille kohaselt karistusõigus peab olema fragmentaarne, eelneva järgi kohustades seadusandjat seda postulaati järgima.<sup>185</sup>

Süsteemne koherentsus nii õiguskorra ühtsuse põhimõtte materiaalses kui ka formaalses tähenduses on pigem käsitatav arhetüübina, mille poole õiguskord võib küll püüelda, ent ei ole täies ulatuses saavutatav (ega võimalik ja ka vajalik). Vastuolude puudumine kui selline on eelkõige ingliskeelses 20. sajandi õigusfilosoofias tähistatud õiguskorra sisemise moraalsuse tunnus, mille poole õiguskord peaks püüdlema. Samas täieliku koherentsuse saavutamine ei pea ega saa olla võimalik. Nii on õiguskorra sisemine koherentsus üks L. Fulleri kaheksast *desiderata*'st (teised on õigusaktide selgus, abstraktsus, õigusaktide avaldamine jne), mille poole õigus kui tervik peaks püüdlema, ent loetletud väärtuste absoluutne saavutamine ei ole vajalik.<sup>186</sup> Õiguskorra koherentsus on üks moraalne argument, mida tuleb kaaluda nii teiste õiguskindluse põhimõtetest tulenevate (moraalsete)<sup>187</sup> kui ka muude argumentidega.<sup>188</sup>

---

vaja reaalselt selle kohasust proovida, seetõttu on tegemist pigem kriminaalpoliitilise postulaadiga kui siduva reeglina. Viimane on sotsiaalpoliitilise otsuse küsimus. C. Roxin. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Bd 1. 4. Aufl. München, 2006, lk 47–52.

<sup>184</sup> T. Vornbaum. „Politisches Strafrecht“. – ZStW 1995, lk 744.

<sup>185</sup> T. Vornbaum. *Fragmentarisches Strafrecht in Geschichte und Dogmatik*. – ZStW 2011, 4, lk 664–668.

<sup>186</sup> L. Fuller. *Morality of Law*. New Haven, 1969, lk 41–43, lk 66–70.

<sup>187</sup> Vt teksti alamärkuse 193, 239, 564 juures.

<sup>188</sup> Süsteemse koherentsuse kohta vt lisaks 20. sajandi postmodernsest õigusfilosoofiast hea näitena J. Finnise käsitlust õiguskorra siduvusse kui moraalsesse kohustusse. J. Finnis kui loomuõiguslike ideede peamisi kandjaid (vastandades end õiguspositivismile selle kõige selgemas tähenduses) jaatab isikul lasuvat ebaõiglase sätte järgimise kohustust muu hulgas õigussüsteemi koherentsuse kaalutlustel – nn täiendava kohustuse (ingl *collateral obligation*) kriteerium. Vt lähemalt J. Finnis. *Natural law and natural rights*. Oxford, 1992, lk 352, 365. Eraldi analüüsi vääriks R. Dworkini käsitlus *integrity*'st seotuna õiguskorra kui terviku koherentsusesse (kui see praegu, arvestades et nii R. Dworkini teooria ise kui ka seda puudutav sekundaarne õiguskirjandus, näikse vähemalt mingis osas olevat arengujärgus). Siinne töö ei tee katset sellesse temaatikasse süveneda. – vt eelkõige. R. Dworkin. *Law's Empire*. Cambridge (MA), 1987, lk 211, 214, 225. Vt ka sissejuhatavalt: T. R. S. Allan. *Law, Justice and Integrity: The Paradox of Wicked Laws*. – Oxford Journal of Legal Studies 2009, 29, lk 705, 711–712.

Õigussüsteemi koherentsuse ideest kui arhetüübist, mille poole püüdlemine on küll vajalik, ent täies ulatuses võimatu (ja ka mittevajalik), on lähtunud eeldatavasti ka RKKK eelviidatud juhiste andmisel: mõistekasutus süsteemide karistus- ja tsiviilõigus vahel peaks olema – taas on oluline rõhutada, et üldjuhul – kattuv, ent õigusharude eri eesmärkide tõttu on erandkorras mittejärgitav. Küll on oluline see, et kriminaalkolleegium näikse olevat andnud primaarse tähenduse ühtsusele (üldjuhul), millest kõrvalekaldumine on erand, mitte aga reegel.

Usalduse kuritarvitamise koosseisu sõnastus on olemuselt lai, koosnedes paljudest relatiivsetest õigusmõistetest. Suuresti koosseisu eeskujuks olnud StGB sõnastus on kantud 1933. a Saksa õigusfilosoofiale omasest mentaliteedist luua niivõrd lai koosseis, millega võidelda võimalikult laia spektri rikkumiste vastu (eelkõige majanduskäibes), andes nii teatava paindlikkuse igapäevase majanduselu mitmekesisuse ees.<sup>189</sup> Eelnev on tinginud olukorra, kus nüüdseks on eelkõige Saksa StGB-d puudutavas kirjanduses tekkinud täielik ühtsus küsimuses, et tegemist on märkimisväärselt laia (õigemini – rakendusala ei ole võimalik täies ulatuses ette ennustada) koosseisuga. Peamiselt viimase kümne aasta kohtupraktika varal on täheldatud koosseisu rakendamist sellisele tegevusele, nagu äriühingu nõukogu määratavad edukustasud juhatuse liikmetele, maksejõuetu emahingu vastutus tütarühingult saadud laenude eest, spordi toetamiseks makstud rahalised vahendid, riskantsed investeeringud, ühingu varast altkäemaksuks raha eraldamine, tööandja poolt töötaja varalise vastutuse ülevõtmine, ebakorrapärase raamatupidamisega seotud rikkumised jne.<sup>190</sup> Seda enam, et koosseis on majandussuhetes olulise kriminaalpoliitilise tähendusega. Koosseisu ebaõigussisu – usaldussuhete rikkumine seestpoolt väljapoole – on kaasa toonud selle rakendamise nõ majanduse valdkonna paremiku vastu.<sup>191</sup> Otsene viide nimetatule ülekantuna Eesti õigusesse on suure varalise kahju nõue koosseisulise tagajärjena Eesti KarS § 217<sup>2</sup> sõnastuses.

Kombinatsioon raskesti määratletavast rakendumisalast ja selgest kriminaalpoliitilisest tähtsusest teatud rikkumistega võitlemisel on praeguseks näiteks Saksa StGB § 266 puudutavas värskemal kirjanduses viinud järeldustele, mille raames on täheldatud koosseisu nn instrumentaaliseerumist (koosseisu kohaldatakse mingite lünkade, avalikkuse ees tähelepanu saanud olukordade lahendamiseks)<sup>192</sup> ja moraliseerumist (koosseisu kohaldatakse moraalselt etteheidetavate

---

<sup>189</sup> Vt sissejuhatavalt nt D. Schilling. Frankfurt(aM), 2009, lk 5–42.

<sup>190</sup> F. Saliger. Gibt es eine Untreuemodet? Die neuere Untreuedebatte und Möglichkeiten einer restriktiven Auslegung. – Online-Zeitschrift für Höchststrichterliche Rechstprechung im Strafrecht 2006, 1, lk 10–15. Vt lähemalt käesoleva töö 4. ptk.

<sup>191</sup> Evides ühes sellega ohtu, et jätkuvalt realiseeritakse koosseisu väljatöötamisel kasutatud teadliku ebamäärasuse kriteeriumi, et kasutada koosseise võimalikult suure hulga n-õ vaenlaste vastu. – T. Rönnau. – ZStW 2007, 119, lk 888, 893.

<sup>192</sup> Instrumentaliseerumine kui süsteemist majandust tulenevate faktiliste ootuste tagamine läbi karistusõiguse normatiivse struktuuri. – H. Theile. – Zeitschrift für die internationale Strafrechtsdogmatik 2011, 7, lk 618–620.

tegude kontrollimiseks,<sup>193</sup> kui relva kõige halva vastu ning kõigi ülesannete tarbeks).<sup>194</sup> Karistusõigus on sellisel juhul majanduskäibes tekkivate konfliktide – kasvõi küsimus juhatuse liikme ebamõistlikult suurtest tasudest – lahendusviis.<sup>195</sup> Eelneva realisatsiooniks on koosseisu sisu äärmiselt lihtsustatud rakendamine – lähtumine KarS § 217<sup>2</sup> pealkirja „Usalduse kuritarvitamine”<sup>196</sup> sõnastusest.<sup>197</sup> Saksa StGB-d puudutavas õiguskirjanduses on eelneva põhjal tehtud üsna otsekohene järeldus, et koosseis on tänapäeva majandussuhetele jalgu jäänud ja on kohtute jaoks liiga üldise sisuga.<sup>198</sup> Selgepiirilise probleemina on viidatud suundumusele sisustada koosseis moraalsetest kaalutlustest lähtuvalt: *koosseisu* laialdane sõnastus ei võimalda teha täpset vahet sotsiaalselt kahjuliku (ja seega karistatavusväärse), ebamoraalse või lihtsalt soovimatu tegevuse vahel.<sup>199</sup> Sellise kriitika peamise eestkõneleja H. Matti põhjenduste kohaselt on nn laia rakendamisala probleemi realisatsioon järgmises: a) kohtupraktika unustab klassikalise tagajärjedelikti loogika, ajab lootusetult segamini kahju ja kohustuste rikkumise, st eelkõige usalduse murdmise koosseisu puhul alustatakse analüüsi pigem suurest kahjust ja selle tekitamise kaudu jaatatakse küsimusele olulist tähelepanu pööramata kindlasti ka automaatselt mingit varaliste huvide järgimise kohustust ja selle rikkumist (kahju on ju tekkinud!). Eelnev on ilmselgelt ebaõige; b) koosseisu kohaldamine n-ö küüniliste rikkumiste puhul: ühingu vahenditest nn musta kassa loomine, millega rahastada õiguslikult kaheldavat tegevust, kusjuures ükski „investeeringutest” polnud kahjulik ega omakasuline.<sup>200</sup> Siiski on küsitav, kas karistusõiguse kasutamine selleks, et vähendada süsteemis *majandus* või *ühiskond* tekkinud keerukust – moraalset sisuga küsimused seonduvalt juhatuse liikmete liiga suurte tasude, ühingu vara kasutamine altkäemaksude tasumiseks (nn musta kassa loomine) –

<sup>193</sup> Vt koos viidetega vastavale kirjandusele. D. Schilling. Frankfurt(aM), 2009, lk 189–196.

<sup>194</sup> A. Dierlamm. – Strafverteidiger Forum 2005, 9, lk 398.

<sup>195</sup> H. Theile. – Zeitschrift für die internationale Strafrechtsdogmatik 2011, 7, lk 618–619. Vt koosseisu kasutamisega juhatuse liikme ebamõistlikult suurte tasudega seoses eelkõige käesoleva töö ptk-d 4.1. ja 4.2.

<sup>196</sup> Saksa StGB § 266 pealkiri on sama sisuga – sks *Untreue*.

<sup>197</sup> Näiteid antud küsimuses võib tuua varasemast Eesti kohtupraktikast, mis kasutas aeg-ajalt koosseisu realiseeritavuse sedastamiseks sõnakasutust „kellegi usaldust on kuritarvitatud”, „õigust kuritarvitatud” – vt nt HMK 17.10.2011.a otsus kriminaalasjas 1-10-7794 üldmenetluses, p 6.3.

<sup>198</sup> Nii mõistete, nagu usaldus, varaliste huvide järgimine jne, kasutamine võimaldab teha lihtsustatud järeldusi, et keegi on kellegi usaldust kuritarvitanud. Autor viitab siinkohal koosseistunnuse ebaseaduslik sisustamisel suuresti teedrajavaks olnud nn Mannesmanni kriminaalasjale (vt selle kohta täpsemalt käesoleva töö ptk 4), mille raames BGH ostuse suulisel kuulutamisel koondus põhiargumentatsioon küsimusele sellest, kas nõukogu liikmed on ühingu usaldust kuritarvitanud või mitte, mis koosseisu tegelikku sisu arvestades on sisutühi. – P-A. Albrecht. In *Treue gegen die Untreue*. – R. Michalke ua (Hrsg.). FS Hamm. Berlin, 2008, lk 7–8.

<sup>199</sup> T. Rönnau. – ZStW 2007, 119, lk 889.

<sup>200</sup> H. Matt. *Untreue und Moral*. – Neue Juristische Wochenschrift 2005, 7, lk 390 ff.

on kohane meede, kui primaarsena peaks tegelikult selliste küsimustega tegelema konkreetset valdkonda reguleeriv ja mitte karistusõigus kui tegevust karistusega hindav õigusharu. Seda enam, et õigussuhetes, mis põhinevad poolte kokkuleppel – tehingul – on eeldatavasti isikud ise primaarsena siiski pidanud silmas, et nii suhet ennast kui ka õigussuhetest tulenevate kohustuste rikkumist reguleerib primaarselt tsiviilõigus.<sup>201</sup>

Ka käesoleva töö peatükkides 1.3.2.2–1.3.2.3 viidatud arutelu karistusõigusliku varamõiste pinnalt usalduse kuritarvitamise koosseisu suhtes – kas koosseis peaks katma olukordi, kus vara käsutamine on ilmselgelt tühine – on varjamatult seostatud käibearusaamade ja moraaliküsimustega.<sup>202</sup> Koosseisu moraliseerimise käsitluse kriitika ei soovi koosseisu tõlgenduspraktikat niivõrd dramatiseerida, rõhutades, et koosseisu sisustamisel esile kerkinud probleemid on väga selgelt siiski õigusliku sisuga, keskendudes pigem ühinguõiguslikele probleemidele.<sup>203</sup> Selle suundumuse tekke oht on reaalne ka KarS § 217<sup>2</sup> tõlgenduspraktikas, mistõttu tuleks püüda koosseisu sisustamisel lähtuda konkreetsetest põhimõtetest, nt ühena neist relatiivsete õigusemõistete tsiviilõigusaktssessorsest sisustamisest.

## I.4. Vahekokkuvõte

RKKK praktika on tsiviilõiguslike mõistete sisustamisel lähtunud eeldusest, mille kohaselt peaks õigussüsteemi terviklikkuse põhimõtet silmas pidades sisustama relatiivsed õigusemõisted üldjuhul identselt, ent õigusharude eri ülesannete tõttu on võimalik nimetatust kõrvale kalduda. Kohtupraktika ei ole täpsustanud, mida käsitada õigusharude eri ülesannete all, ka relatiivsete õigusemõistete sisustamist puudutav dogmaatika on loobunud täpsete juhiste andmisest: karistusõiguses ei ole selgepiirilisi kriteeriume eri tõlgendusvormelite omavahelise suhestumise kohta, õigusselguse põhimõte talub mõistete ebamäärasust niikaua, kui neid on piisavalt sisustatud kohtupraktikas (mida praegu ei saa öelda KarS § 217<sup>2</sup> kohtupraktika kohta).

Karistusõigusliku vara- ja valdusemõiste valguses on ka selliste klassikaliste põhimõtete nagu subsidiaarsus, fragmentaarsus ja õiguskorra ühtsus, normatiivne ja empiiriline kehtivus tänapäevases karistusõiguses kaheldav. Mõistete *kohustus*, *tehing* jt sisustamine ei tohiks kaasa tuua olukorra, kus need mõisted sisustatakse on kahe õigusharu vahel erinevalt ja seega on kahe õigusharu reaktsioon ühele ja samale käitumisaktile isesugune. Samas on teatud juhtudel tsiviilõigusaktssessorseuse eitamine põhjendatud, mistõttu lähtub käesolev töö,

---

<sup>201</sup> H. Theile. – Zeitschrift für die internationale Strafrechtsdogmatik 2011, 7, lk 619–620, 627–628.

<sup>202</sup> A. Dierlamm. – Strafverteidiger Forum 2005, 9, 398–399.

<sup>203</sup> F. Saliger. – Online-Zeitschrift für Höchststrichterliche Rechtspredung im Strafrecht 2006, 1, 10–16. Kättesaadav: <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/archiv/06-01/hrrs-1-06.pdf>, 28.01.13.

puutuvalt kahte õigusharu hõlmavate relatiivsete õigusmõistete sisustamise, tsiviilõigusaktseessoorsusest kui pigem arhetüübist, mille poole süsteem (antud juhul *õigus*) peaks püüdlema, ent mille absoluutne saavutamine ei ole võimalik ja vajalik. Nimetatud arhetüüpi tuleb lõpliku tõlgendamisotsuse tegemisel käsitada ühe argumendina teiste argumentide kõrval.

Peamise väärtusena tuleb lõpliku tõlgendusotsuse tegemisel seega silmas pidada, et KarS §-l 217<sup>2</sup> on siiski väga konkreetne eesmärk – vara kui sellise kaitse. Seetõttu tuleb karistusõigusautonoomse tõlgenduse jaatamist ja tsiviilõigusaktseessoorsuse eitamist toetada vaid erandjuhtudel. Siinses töös võetakse seisukoht, et KarS § 217<sup>2</sup> õigushüve *vara* sisustamisel ei saa lähtuda karistusõiguslikust varamõistest. Vastupidine seisukoht viib olukorrani, kus KarS § 217<sup>2</sup> kaotab oma niigi laialivalguva sõnastuse tõttu igasugused kontuurid ja hakkab reguleerima tsiviilõigussuhteid, mida ta fragmentaarsuse ja subsidiaarsuse põhimõttest tuleneva idee järgi teha ei tohiks. Rööbitise tsiviilõiguse teke omakorda viib õiguskorra ühtsuse riiveni.

## 2. Mõiste kohustus KarS § 217<sup>2</sup> objektiivses koosseisus

### 2.1. Varaliste huvide järgimise kohustus

#### 2.1.1. Tsiviilõiguslik vastandmõiste

KarS § 217<sup>2</sup> usalduse murdmise alamkoosseisu objektiivne koosseis kriminaliseerib teise isiku varaliste huvide järgimise kohustuse rikkumise, kui sellega on põhjustatud suur varaline kahju ja puudub KarS § 201 koosseis. § 217<sup>2</sup> lg 1 ülesehituse alusel tuleb seda lugeda ilmselt koos objektiivse koosseisu sõnastuse eelmiste lauseosadega, mille kohaselt on terviklik usalduse murdmise koosseis järgmine: „*Seadusest või tehingust tuleneva /.../ teise isiku varaliste huvide järgimise kohustuse rikkumise eest, kui sellega on tekitatud suur varaline kahju ja kui puudub käesoleva seaduse §-s 201 sätestatud süüteo-koosseis*”. Siinne töö ei keskendu sellele, kuidas sisustada lauseosa esimene fraas „seadusest või tehingust tulenev”: selle koosseisuelemendi sisustamisel on põhiküsimus, kas varaliste huvide järgimise kohustus võib tekkida ka näiteks kehtetust võlasuhtest (nõukogu liige, kelle ametisse nimetamise otsus on tühine).<sup>204</sup> Küll on alamkoosseisu vaieldamatult peamine sõlmpunkt koosseisutunnuse varaliste huvide järgimise kohustus sisustamine, mille ülesanne on piiritleda nii koosseisupäraste toimepanijate ring (tegemist on erilise isikutunnusega KarS § 24 lg 1 tähenduses) kui ka määrata kindlaks rikutavate kohustuste sisu ja ulatus.<sup>205</sup>

Ainukeseks mõiste sisustamiseks sisulisi juhiseid andnud RKKK otsuses 3-1-1-4-08 on kirjeldatud mõistet *varaliste huvide järgimise kohustus* kui teo toimepanijal lasuvat „*hoolsus- ja järelevalvekohustust /.../ teise isiku vara suhtes /.../ süüdistuses ja kohtuotsustes peab olema näidatud ja põhistatud süüdistatava pädevus kannatanule kuuluva vara suhtes, selle tekkimise alus ning konkreetne sisu*”.<sup>206</sup>

KarS-s pole antud varaliste huvide järgimise kohustuse definitsiooni. Olgugi et karistusõigusteoorias on eraldi olemas ka varamõiste,<sup>207</sup> siis *varaliste huvide* või siis *varaliste huvide järgimise kohustuse* täpne karistusõiguslik definitsioon puudub.<sup>208</sup> Küll võib KarS eriosa koosseisude §-de 157 lg 2 p 2, 153 lg 2 p 2,

<sup>204</sup> Diskussioon taandub suuresti KarS § 217<sup>2</sup> ja selle eeskuju Saksa StGB § 266 sõnastuse võrdlemisele. Nimelt on Saksa seadusandja tunnustele „seadus” ja „tehing” lisanud ka mõiste „usaldussuhe”, Eesti seadusandja aga mitte. – M. Kairjak. – *Juridica* 2010, 1, lk 24–34.

<sup>205</sup> H. Satzger, B. Schmitt, G. Widmaier (Hrsg.). Köln, 2009, § 266 änr 9.

<sup>206</sup> RKKKo 3-1-1-4-08, p 25.

<sup>207</sup> Vt käesoleva töö ptk-d 1.2.1 ja 1.3.2.

<sup>208</sup> Märkimist väärrib, et RKKK on otsuses 3-1-1-97-10 p-s 23 *obiter dictum*’i korras märkinud, et KarS § 265 poolt kaitstavaks õigushüveks ei ole ettevõtlusvabadus või varalised huvid. Kriminaalkolleeegium ei ole samas täpsustanud, mida ta *varaliste huvide* kui õigushüve all silmas peab, seda enam et klassikalise arusaamaga individuaalsetest õigushüvedest (*omand, vara* jne) see kooskõlas ei ole. Vt nt J. Sootak. Tallinn, 2003, lk 69 jj. P. Pikamäe. J. Sootak. Tallinn, 2009. 13. ptk komm 1.

157<sup>1</sup> lg 1, 157<sup>2</sup> lg 1, 171, 292 lg 1, 446 lg 1, 447 lg 1 sõnastustest järeldada, et mõistet *huvi* tuleb käsitada erinevana mõistest *õigus*: kõik nimetatud koosseisud käsitlevad *õiguse* või *huvi* rikkumist alternatiivsena. Seega on eriosa koosseisude puhul võimalik tuletada *huvi* kui sellise definitsioon eristuse näol mõistest *õigus*. *Huvi* on kvalitatiivselt midagi erinevat kui *õigus*, ent ka *huvi* sisu ükski eriosa koosseis konkreetselt ei defineeri.

KarS 217<sup>2</sup> lg 1 usalduse murdmise koosseisu sõnastamisel on varaliste huvide järgimise koosseisu osas seadusandja vähemalt keeleliselt loobunud otsesest viitest tsiviilõigusele – sellist mõistet kui *varaliste huvide järgimise kohustus* Eesti tsiviilõigus ei tunne. Küll võib VÕS § 2 lg 2 kohaselt võlasuhte olemusest tuleneda võlasuhte poolte kohustus teatud viisil arvestada teise võlasuhte poole õiguste ja huvidega, seega olemuslikult kuulub selline kohustuse liik VÕS defineeritud kohustuse liikide alla. VÕS § 2 lg-s 2 sätestatud kohustuste näol on tegemist kaitsekohustustega, mis võivad olla võlasuhte seisukohalt kas põhi- (VÕS § 2 lg 2 viimane lause „Võlasuhte võib sellega ka piiruda“; nt poolte kohustused lepingueelsete läbirääkimiste korral) või kõrvalkohustused.<sup>209</sup> VÕS sätestab otsesõnu huvide arvestamisele mõeldud kaitsekohustustena poolte lepingueelsetest läbirääkimistest tulenevad kohustused (§ 14 lg-d 1 ja 4), kolmandat isikut kaitsva lepingu puhul võlgniku kohustuse järgida kolmanda isiku huve (§ 81 lg 1), üürisuhte osaliste teatavad kohustused (§ 276 lg 3, § 284 lg 5, § 328 lg 1), samuti seltsinglaste omavaהלised kohustused (§ 581 lg 1).

VÕS § 619 kohaselt kohustub käsundisaaja käsunduslepingu järgi osutama teisele isikule (käsundiandja) teenuseid (täitma käsundi), käsundiandja aga maksma talle selle eest tasu, kui selles on kokku lepitud. § 620 lg 2 kohaselt peab käsundisaaja täitma käsundi oma teadmiste ja võimete kohaselt käsundiandja jaoks parima kasuga ning ära hoidma kahju tekkimise käsundiandja varale. Käsund võib seisneda teenuse osutamises või teise isiku nimel tegutsemises (sh esindusõiguse või esindusõiguseta).<sup>210</sup> Olgugi, et VÕS §-dest 619 ja 620 tuletatavas käsunduslepingus ning sellele iseloomulike kohustuste kirjelduses pole nimetatud kohustust eraldi esile toodud, on suunatust käsundiandja huvide kaitsele jaatanud kohtupraktika,<sup>211</sup> VÕS § 619 eeskujuks olnud BGB § 662 puudutav õiguskirjandus<sup>212</sup>, samuti on see tuletatav VÕS käsunduslepingu alaliigi agendilepingu VÕS § 670 lg 1 ja käsundita asjaajamise (VÕS § 1018 lg 1 p 3) definitsioonist. Siinkohal on asjakohane märkida, et RKTK on

---

<sup>209</sup> P. Varul jt. Võlaõigusseadus. Kommenteeritud väljaanne. II kd. Tallinn, 2007, § 2 komm 4.3.

<sup>210</sup> Samas, § 619 komm 3.2

<sup>211</sup> Vt RKTKo 3-2-1-122-07, p 13.

<sup>212</sup> Käsundi iseloomulik tunnus on tegutsemine võrastes huvides. – R. Schulze (Hrsg.). Bürgerliches Gesetzbuch. Handkommentar. 7. Aufl. Baden-Baden, 2011, § 662 änr 7. F.-J. Säcker, F. Rixecker (hrsg). Münchener Kommentar zum BGB. 4. Bd. 6. Aufl. München, 2012, § 675 änr 3.

jaatanud käsundisarnast võlasuhet alates 1. 07. 2011. a redaktsioonis ka VÕS § 401<sup>1</sup> lg-st 1 tuleneva krediivahenduslepingu puhul.<sup>213</sup>

Samasugune olukord, kus koosseisu viidatav *varaliste huvide järgimise kohustus* ei ole defineeritud karistusõiguses, ent on olemas sarnane (ent mitte mõisteliselt identne) mõiste tsiviilõiguses, on täheldatav ka KarS § 217<sup>2</sup> osaliseks eeskujuks olnud Saksa StGB § 266 puudutavas kohtupraktikas ja õiguskirjanduses. Omamoodi üllatuslikult on samal teemal tekkinud diskussioon ka 15.01.2007.a Suurbritannias jõustunud, Fraud Act 2006 poolt jõustatud artikli 4 sisustamisel: ka antud juhul on seadusandja töötnud välja *teise isiku varaliste huvide järgimise kohustuse* mõiste, jätnud selle täpselt defineerimata ja samal ajal loobunud otseseose loomisest tsiviilõiguses sarnase (ingl *fiduciary duties*) sisuga, ent mõisteliselt mitteidentse instituudiga.

Arvestades asjaoluga, et siinse töö kirjutamise ajal pole mõiste *varaliste huvide järgimise kohustus* definitsioon kohtupraktikas veel selgepiirilist sisu saanud (nt ei ole riigikohtu praktikas olnud veel ühtegi kriminaalasja, kus isikule oleks ette heidetud usalduse murdmise koosseisu realiseerimist),<sup>214</sup> on kohane mõlema koosseisu sisustamisega seonduvat analüüsida eraldi, st andes selle kohta käivast kirjandusest ja kohtupraktikast ülevaate ilma neid kohe KarS § 217<sup>2</sup> käsitlusse põimimata.

## **2.1.2. Mõiste varaliste huvide järgimise kohustus sisustamine Saksamaa StGB § 266 näitel**

### **2.1.2.1. Probleemi piiritlemine**

Saksa StGB § 266 puudutavas õiguskirjanduses on alates koosseisu jõustumisest 1933. a toimunud diskussioon mõiste *varaliste huvide järgimise kohustus* sisustamise ja selle (vähemalt) näilise seose üle tsiviilõiguse mõisteparaadiga, mille võib kokkuvõtlikult taandada küsimusele, kas ja kuivõrd tuleks *varaliste huvide järgimise kohustus* sisustada tsiviilõigusliku käsundi mõiste alusel (range tsiviilõigusaktseessoorsus) või siis karistusõigusautonoomselt. Viimase peamine realisatsioon on B. Schünemanni kasutatav mõiste tsiviilõiguslähedus<sup>215</sup>, mille kohaselt võib käsund küll olla käsitatav n-ö kristalliseerimispunktina, et jaatada varaliste huvide järgimise kohustuse esinemist, ent olemuselt on selle puhul tegemist karistusõigusautonoomse mõistega.<sup>216</sup>

Varaliste huvide järgimise kohustuse mõiste sõnastuse seostumine tsiviilõiguslike mõistetega on ilmne, kuid selle diskussiooni lõppseisukohta pole veel ka praegu. Veelgi enam, *varaliste huvide järgimise kohustuse* mõiste laiaast sõnastusest tingituna on igasugune teoreetiline ühtsus mõiste sisustamisel kasiin

---

<sup>213</sup> RKTKo 3-2-1-168-12.

<sup>214</sup> V.a RKKKo 3-1-1-28-11, kus sisulisi juhiseid ei antud.

<sup>215</sup> H-W. Laufhütte. R. Rissing-van Saan. K. Tiedemann (Hrsg.). Berlin, 2012, § 266 änr 59, 70.

<sup>216</sup> Vt käesoleva töö ptk 2.1.2.4.

ka muudes küsimustes. Ent üksmeelsed ollakse selles, et koosseisuelemendi laialivalguv sõnastus (mis on üldse *varalised huvid*?) toob vaieldamatult kaasa suure vajaduse selle mõiste sisustamise järele ja ühes sellega tungiva vajaduse rakendada piirava tõlgenduse põhimõtet.<sup>217</sup> Mõiste *varaliste huvide järgimise kohustus* näiline kontuuritus on õiguskirjanduses aastakümneid tõstatanud küsimuse usalduse murdmise koosseisu vastavusest Saksamaa põhiseaduse (edaspidi: GG) § 103 lg-st 2 tuleneva määratletuspõhimõttega.<sup>218</sup> Võimaliku vastuolu vältimiseks on ilmselt ainukese universaalse põhimõttena jaatud varem mainitud piirava tõlgenduse (sks *restriktive Auslegung*) põhimõtet, tuues lisaks määratletuspõhimõttele piirava tõlgenduse põhimõtte vajadust motiveerivaks asjaoluks karistusõiguse subsidiaarse olemuse.<sup>219</sup> Selge ühtne seisukoht on vaid selles, et kohtupraktika ja dogmaatika on piirava tõlgenduse põhimõtte poolt seatud eesmärgiga anda selgete põhimõtete väljatöötamise näol mingidki kontuurid *varaliste huvide järgimise kohustusele* läbi kukunud.<sup>220</sup> Näide ebakindlusest teoorias puudutab juba esmapilgul edasise arutluse eelduseks olevat küsimust subsidiaarsusest – olgugi et osa autorite poolt viidatud kui piirava tõlgenduse aluspõhimõte<sup>221</sup> (ja seega võimalikult ranget tsiviilõiguslikku aktsessoorsust põhistav), ei ole ka selles küsimuses ühtsust: õiguskirjanduses on käsitatud *varaliste huvide järgimise kohustust* siiski täies ulatuses karistusõigusautonoomsena, olles allutatud piirava tõlgenduse põhimõtte dogmadele.<sup>222</sup>

Enne kui asuda analüüsima põhiküsimusi, on kohane anda ülevaade, kuidas on *varaliste huvide järgimise kohustust* StGB § 266 puudutavas kirjanduses sisustatud. Eristada võib mõiste sisustamise kaht taset: 1) esmalt mõiste tunnuste abstraktne sisustamine (mis on üldse *huvi*, *järgimine* jne); 2) mõistele konkreetse kvalitatiivse sisu andmine (millistel juhtudel varaliste huvide järgimise kohustust jaatada).

<sup>217</sup> Saksamaa konstitutsioonikohus on laia sõnastuse osas teinud abstraktse viite koosseisu keerulisele ajaloole – koosseis on praegu kehtivas sõnastuses jõustatud 1933. a ja eelnenu tõttu andnud üsna galantse sõnastusega juhise, mille kohaselt on koosseis ajaloolistel põhjustel sõnastatud abstraktselt. Seetõttu on tema tõlgendamisvõimelisus ja -vajadus eriti suur. Kohus on jaatanud ka piirava tõlgenduse vajalikkust. – BverfG Urt v. 23.06.2010. – NJW 2010, 3209, p 92.

<sup>218</sup> Vt käesoleva töö ptk 2.1.2.2.

<sup>219</sup> Vt käesoleva töö ptk 1.3.3.2.

<sup>220</sup> Ühtne arusaam näikse olevat selles, et sõnastus on liiga lai ja seda tuleb piiravalt tõlgendada, küll puudub aga igasugune ühtsus selles, millised on need kriteeriumid, mille kaudu seda kitsendavalt tõlgendada. – A. Schönke. H. Schröder. München, 2010, § 266 änr 22. Vt ka R. Hefendehl. O. Hohmann (Hrsg.). München, 2006, § 266 änr 5. A. Dierlamm. Untreue – ein Auffangtatbestand. – Neue Zeitschrift für Strafrecht 1997, 11, lk 534–536.

<sup>221</sup> R. Hefendehl. O. Hohmann (Hrsg.). München, 2006, § 266 änr 5

<sup>222</sup> Vt ülevaatenäide – H-W. Laufhütte. R. Rissing-van Saan. K. Tiedemann (Hrsg.). Berlin, 2012, § 266 änr 75.

### 2.1.2.2. Mõiste elementide abstraktne sisustamine

Esimese elemendina on koosseisuelementi puudutavas dogmaatikas esitatud mõisteosa (*võõrad*) *varalised huvid*. Kuna *huvi* definitsiooni seaduses pole, siis tuleb seda mõistet esmalt ilmselt tõlgendada koosseisu süstemaatika põhjal, võttes aluseks mõisted *võõras*, *vara*, *järgimine* ja *kahju*. Kõige üldisemalt öelduna on nimetatud koosseisutunnusega hõlmatud *huvid* mingid varale suunatud huvid, mida saab järgida.<sup>223</sup>

Süstemaatiline tõlgendamine viimast kahte mõistet – *järgimine* ja *kahju* – kasutades on üsna lihtne, mistõttu on mõistlik alustada nimetatud kahe viimase mõiste sisustamisest:

- a) huvide tõlgendamine mõiste *järgimine* kaudu: *huvi* koosseisu tähenduses on mingi kriteerium, mida on võimalik järgida. Nimetatud järgimise esemeks peab olema kohustus teiste isikute vara eest hoolt kanda, *huvi* peab olema konkreetselt suunatud mingitele varalistele väärtustele;<sup>224</sup>
- b) *huvi* tõlgendamine mõiste *kahju* kaudu. Peab esinema mingisugune funktsionaalne seos *huvi* ja tagajärje vahel: *huvi* peab olema üldjoontes selline, mille rikkumise tulemusena on võimalik tagajärje ehk siis *kahju* saabumine.<sup>225</sup>

Probleemsem on *huvi* tõlgendada mõiste *vara* (ja ühes sellega küsimus, mida tähendab mõiste *varalised*) ja *võõras* kaudu. Koosseisuelemendi *huvi* süstemaatilise tõlgenduse kohaselt on *huvi* immanentne tunnus muu hulgas selle suunatus võõrastele huvidele – koosseisu sõnastuse kohaselt on selle ebaõigussisu teise isiku varaliste huvide järgimise kohustuse rikkumine. Ühtne seisukoht näib olevat selles, et *võõras* tuleb sarnaselt teiste varavastaste süütegudega tõlgendada täies ulatuses tsiviilõigusaktssuorselt, st *võõras* on see, mis kuulub tsiviilõiguse alusel teisele.<sup>226</sup> Selleks et otsustada, kas asi on *võõras*, tuleb analüüsida pooltevahelist tsiviilõigussuhet.<sup>227</sup> Eelnev ühtsus diskussioonis on vaid näiline, kuna mõiste *võõras* kasutamine eeldab kriteeriumi, kuidas üldse aru saada, kuidas *huvi* võib kellelegi kuuluda või mitte. Nimelt osutab mõiste (*võõrad*) *varalised huvid* otse *vara* mõistele. Nagu eespool märgitud, erinevalt mõistest *võõras*, on võimalik *vara* mõistele anda selle tähendusega TsÜS § 66 võrreldes karistusõigusautonoomne sisu, kohaldades majanduslikku vara-mõistet.<sup>228</sup> Nimetatud küsimus on kogu mõiste tsiviilõigusaktssuorse sisustamise seisukohalt üsna keskse tähendusega: kui jaatada, et *varalised huvid* kui

<sup>223</sup> R. Hefendehl. O. Hohmann (Hrsg.). München, 2006, § 266 änr 32.

<sup>224</sup> Samas.

<sup>225</sup> U. Kindhauser. U. Neumann, H.-U. Paeffgen. Strafgesetzbuch. Bd II. §§ 146–358. 3. Aufl. Baden-Baden, 2010, § 266 änr 43.

<sup>226</sup> A. Schönke. H. Schröder. München, 2010, § 266 änr 6. R. Hefendehl. O. Hohmann (Hrsg.). München, 2006, § 242 änr 18, 21. Mõiste *võõras* sisustamise kohta vt RKKKo 3-1-1-69-12 p 15.

<sup>227</sup> RKKKo 3-1-1-13-05.

<sup>228</sup> Vt käesoleva töö ptk 1.2.1.jj.

sellised on tuletis mõistest *vara*, mis eeldatavasti on karistusautonoomne, on eeldatavasti ka *varaliste huvide* sisustamise puhul põhjendatud karistusõigusautonoomne tõlgendus.<sup>229</sup>

Eelnev seisukoht on kaheldav juba käesolevas töös varem viidatud KarS eriosa koosseisude valguses ja seetõttu tuleb käesoleval juhul *varaliste huvide järgimise kohustuse* sisustamisel karistusõigusliku varamõiste alusel olla ettevaatlik. KarS mõistekasutus paistab tegevat vahet *õiguse* ja *huvi* vahel. Vahe tegemine omakorda aga toetab Saksa StGB § 266 puudutavas õiguskirjanduses U. Nellese käsitlust: mõiste *huvid* tuleb selgelt eristada mõistest *vara* või *omand* ehk siis konkreetsest absoluutsest õigusest. Tegemist on täiesti eraldi mõistetega, ent nimetatud erisusele on senises õiguskirjanduses ja -praktikas tähelepanu pööranud minimaalselt.<sup>230</sup> Nagu eespool märgitud, on usalduse murdmise koosseisu sisustamise seisukohalt mõiste *varalised huvid* samavõrd keskse tähendusega kui *vara* mõiste. Seega *huvid* kui sellised tuleb tõlgendada eraldi *vara* mõistest: *huvid* on subjektiivne kriteerium, need saavad lähtuda vaid konkreetsest isikust, ent nende tuvastamine peab käima sarnaselt *vara* sisustamisega – see tuleb tuvastada subjektist autonoomselt, st objektiivselt.<sup>231</sup>

Eelneva tõttu on käesoleva töö autori hinnangul *varaliste huvide järgimise kohustuse* sisustamine karistusõigusliku varamõiste alusel kaheldava väärtusega. Autor toetab eeskätt U. Nellese esitatud argumentatsiooni, mille kohaselt – olles objektiivselt tuvastatavad, nagu *vara* –, on *varaliste huvide* näol tegemist kvalitatiivselt eri mõistega, olles olemuselt subjektiivne seisund, mis on suunatud majandusliku väärtuste suurendamisele ja hoidmisele, vahetamisele, tagasisaamisele jne.<sup>232</sup> *Huvi* võib esineda ka siis, kui huvi esemeks olev *vara* pole veel omandatud või on huvi omava isiku omandist välja läinud.<sup>233</sup> Arvestades karistusõigusliku varamõiste laia tähendust, võib jõuda seisukohale, et karistusõiguslik varamõiste hõlmab *varalisi huve*.<sup>234</sup>

Mõiste ebamäärasuse tõttu on õiguskirjanduses püütud lähtuda teiste eluvaldkondade reeglite: psühholoogia mõistekasutust järgides on *huvid* samastatavad mõistetega arvessevõtmine, inklinatsioon, millelegi suurema

---

<sup>229</sup> E. Kraatz. Zur limitierten Akzessorietät der strafbaren Untreue. – ZStW 2011, lk 462–464. H-W. Laufhütte. R. Rissing-van Saan. K. Tiedemann (Hrsg.). Berlin, 2012, § 266 änr 71–73.

<sup>230</sup> U. Nelles. Untreue zum Nachteil von Gesellschaften. Zugleich ein Beitrag zur Struktur des Vermögensbegriffs als Beziehungsbegriff. Berlin, 1991, lk 462–463. Toetavalt: U. Kindhauser. U. Neumann, H-U. Paeffgen. Baden-Baden, 2010, § 266 änr 30. Vt ka käesoleva töö ptk 2.1.2.1.

<sup>231</sup> U. Nelles. Berlin, 1991, lk 462–463, 467–471. R. Hefendehl. O. Hohmann (Hrsg.). München, 2006, 266 änr 37.

<sup>232</sup> H-W. Laufhütte. R. Rissing-van Saan. K. Tiedemann (Hrsg.). München, 2012, § 266 änr 71–73. U. Nelles üsna mahukas käsitluses huvidest on need kui dispositsioonivõimaluse realiseerumine, kui eesmärgipüstitus kas siis vara saada või ennast kohustada. – U. Nelles. Berlin, 1991, lk 467–471.

<sup>233</sup> R. Hefendehl. O. Hohmann (Hrsg.). München, 2006, § 266 änr 37.

<sup>234</sup> Vt lähemalt käesoleva töö ptk 1.2.1.

tähelepanu pööramine; sotsioloogiliselt kui eesmärgipärane püüdlus.<sup>235</sup> Vara kui selline eeldab reaalselt eksisteerivaid asju, *huvid* tähistavad pigem subjektiivset kriteeriumi, kuna vara hulka kuuluvad igasugused isiku väärtuselised suhted, nagu omand, nõuded, kõikvõimalikud õigused. Seetõttu on *huvid* midagi sellist, mis ei pea olema veel realiseerunud. *Huvi* võib olla juba siis kui *vara* ei ole veel tekkinud või on alles ka siis kui *vara* on ammu kaotatud.<sup>236</sup>

Teise elemendina on Saksa õiguskirjanduses esile toodud mõisteosa *kohustuse järgimine* (StGB § 266 sõnastuses *sks warnehmen ja betreuen*).<sup>237</sup> Kuna karistus- ega tsiviilõigus antud juhul täpset juhust ei anna, sisustatakse mõisteosa grammatilise tõlgendamise teel. Enamik kirjandust keskendub probleemile, et StGB § 266 sõnastuses on *kohustuse järgimise* kirjeldamiseks kasutatud grammatiliselt *-des-*vormi. Eelnevast tekkinud probleemid ei ole siinse töö eesmärki silmas pidades esmatähtsad ja töös neil küsimustel pikemalt ei peatuta.<sup>238</sup>

### 2.1.2.3. Mõiste konkreetne sisustamine – enamjaolt kasualistlik lähenemine

Kui eelmises peatükis loetletud mõisteosade abstraktse sisustamise kohta on võimalik esile tuua mingi ühtne teooria, siis varaliste huvide järgimise kohustuse terviklikuma sisustamise puhul igasugune teoreetiline selgus ja ühtsus puudub. *Varaliste huvide järgimise kohustuse* sisu käsitlevas õiguskirjanduses on suuresti kohtupraktika varal esile toodud teatavad kriteeriumid, millele nimetatud kohustus peab vastama.<sup>239</sup> *varaliste huvide järgimise kohustus* peab olema õigussuhte raames peamine kohustus, õigussuhe peab võimaldama teatavat iseseisvuse määra, lisaks peab see kohustus olema teatud kestuse ja ulatusega.

<sup>235</sup> E. Kraatz. – ZStW 2011, lk 463.

<sup>236</sup> W. Kargl. Die Missbrauchskonzeption der Untreue (266 StGB). Vorschläge de lege ferenda. ZStW 2001, lk 571, 577.

<sup>237</sup> Nimetatud mõisteid peetakse StGB 266 sisustamisel ühetähenduslikuks. H. Satzger. B. Schmitt. G. Widmaier (Hrsg.). Köln, 2009, § 266 änr 24.

<sup>238</sup> R. Hefendehl. O. Hohmann (Hrsg.). München, 2006, § 266 änr 31. H-W. Laufhütte. R. Rissing-van Saan. K. Tiedemann (Hrsg.). Berlin, 2012, § 266 änr 71–73.

<sup>239</sup> Tegemist on kriteeriumitega, mis enamjaolt loodi juba väga varases (alates 1934. a) Saksamaa Riigikohtu (*sks Reichsgericht*) praktikas. B. Schünemanni viitab, et selline suundumus tuua sisse n-õ *peakohustuse, iseseisvuse* jts mõisted, oli püüd viia *varaliste huvide järgimise kohustus* vähemalt mingisse mõistuspärasesse koosseisutuuma, vältimaks seda, et mingid seadusest või moraalist tulenevad kohustused *deus ex machina* üldse päevakorda võiksid tulla. – H-W. Laufhütte. R. Rissing-van Saan. K. Tiedemann (Hrsg.). Berlin, 2012, § 266 änr 58. Nimetatud nõuete väljatöötamist on seostatud piirava tõlgenduse põhimõttega, kirjeldades neid kui „suhteliselt karme nõudeid”, mille täitmine on varaliste huvide järgimise kohustuse jaatamise miinimumeeldus. B. v. Heintschel-Heinegg. Strafgesetzbuch. Kommentar. Strafgesetzbuch. München 2010, § 266 änr 31. H.-J. Rudolphi ua (Hrsg.). Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. Köln, 2012, § 266 änr 29.

*Varaliste huvide järgimise kohustus* peab olema selle aluseks olevat õigussuhet arvestades peamine kohustus<sup>240</sup> (sks *Hauptpflicht*) ja olema õigussuhte keskmes.<sup>241</sup> Õigussuhte pooled ei pea nimetatud kohustust tehingust tuleneva *varaliste huvide järgimise kohustuse* puhul peamise kohustusena vastavas tehingus tähistama, peamise kohustuse kriteerium täidetakse õigussuhte objektiivse analüüsi teel, st kohustus peab olema õigussuhte sisu ja ulatust arvestades olulise tähendusega.<sup>242</sup>

Rikutavale kohustusele teatava täiendava olulisuse nõude esitamine on suuresti seotud usalduse murdmise alamkoosseisu raames rikutava kohustuse iseloomuga. Ärakasutamiskoosseisu puhul on rikkumine konkreetne, pooltevahelises esindussuhtes sisesuhte tingimuste rikkumine (rikkumine nõu sissepoolt väljapoolle). Usalduse murdmise koosseisu puhul on rikkumine abstraktsesem, kuna teo toimepanijal käsutusõigust ei ole, *varaliste huvide järgimise kohustusega isik* on pigem isik, keda kasutati mingi muudatuse loomise vahendina kannatanu varasuhetes.<sup>243</sup> Eelnevast tulenevalt on teo toimepanemine pigem pelk varaliste huvide mõjutamine.<sup>244</sup> Huvide mõjutamise kriteeriumi ebamäärasuse vähendamiseks peab rikutav kohustus olema poolte õigussuhte raames olulise tähendusega.

Eelnimetatud kriteeriumi teisese tähtsusega eesmärk näib olevat välistada olukorrad, kus teiste isikute varaliste huvide järgimise kohustus tuletatakse tavalistest vastastikustest kohustustest võõrandamislepingute puhul: hea usu põhimõttest tulenevad kohustused võõraid varalisi huve järgida, hea usu põhimõttest tuletatavad kõrvalkohustused lepingukohustuste täitmisel (Eesti tsiviilõiguses vaste VÕS § 76 lg 2 näol) või üldine kohustus vältida kahju tekkimist vastaspoolle (estoppeli põhimõte, Eesti tsiviilõiguses vasteks TsÜS § 138 lg 2) ei ole varaliste huvide järgimise kohustuse tekkeks piisavad.<sup>245</sup> Sellisel juhul ei ole täidetud eeldus, et toimepanija peab tegutsema kannatanu heaks,<sup>246</sup> vaid võõraste varaliste huvide järgimise vajadus on kitsalt vaid teo toimepanija (ehk

---

<sup>240</sup> Kuna Saksa õiguskirjandus on väga selgelt vältinud mõiste *peamine kohustus* sidumist BGB-ga, on ka siinses töös teadlikult välditud selle kirjeldamiseks VÕS mõistekasutusest tuntud mõiste *põhikohustus* kasutamist ja kasutatud keeleliselt kohmakat mõistet *peamine kohustus*. B. Schünemann on juba ainuüksi seda, et *peamise kohustuse* vahetegu on siiski sarnane tsiviilõigusliku *põhikohustuse* käsitlusega, pidanud eraldi eksitavaks. – H-W. Laufhütte. R. Rissing-van Saan. K. Tiedemann (Hrsg.). Berlin, 2012, § 266 änr 90.

<sup>241</sup> Nii tuuakse näitena, et peaarsti peamine kohustus on osutada tervishoiuteenuseid, lisaks sellele ei ole tal *varaliste huvide järgimise kohustust* haigla suhtes – R. Hefendehl. O. Hohmann (Hrsg.). München, 2006, § 266 änr 54–55.

<sup>242</sup> T. Fischer (Hrsg.). Strafgesetzbuch und Nebengesetze. 59. Aufl. München, 2012, § 266 änr 36.

<sup>243</sup> E. Kraatz. – ZStW 2011, lk 463.

<sup>244</sup> R. Hefendehl. O. Hohmann (Hrsg.). München, 2006, § 266 änr 42.

<sup>245</sup> B. v. Heintschel-Heinegg. Köln, 2012, § 266 änr 27.

<sup>246</sup> Kohustuste täitmine on käsitatav kannatanu heaks kohustuse täitmisena, mitte tema tarbeks tegutsemisena. – R. Hefendehl. O. Hohmann (Hrsg.). München, 2006, § 266 änr 53.

siis oma kohustuse täitmisega) huvide tagamiseks.<sup>247</sup> Eelneva põhjal on üsna resoluutselt väidetud, et BGB § 241 lg 2 ja § 242 sätestatud hea usu põhimõttest tuletatavad teise isiku (varaliste) huvide järgimise kohustus<sup>248</sup> oma kohustuste täitmisel ei ole käsitatav varaliste huvide järgimise kohustusena. Seega peavad kohustuse sisuks olema spetsiifilised, teise isiku varalistele huvide kaitsmisele, st teise isiku huvides tegutsemisele suunatud õigussuhted. Üksnes müügi-, vahetus- või kasutuslepingustest tulenevad vastastikused üleandmiskohustused,<sup>249</sup> mis on iseenesest kohustused käituda teiste huvides (ja nendega võivad korreleeruda BGB § 241 lg-st 2 tulenevad lisakohustused), ei ole varaliste huvide järgimise kohustuse jaatamiseks piisavad. Sama kehtib ka hea usu põhimõttest tulenevate lisakohustuste kohta, mis kohustavad teise isiku huvides käituma.<sup>250</sup> Nii ei ole üürniku kohustus üürilepingu eseme suhtes võimalikult hoolsalt käituda varaliste huvide järgimise kohustus. Seetõttu on vajalik tuvastada konkreetne suhe, teise vara järgimisele suunatud positsioon, kusjuures peab rikutav kohustus olema mingis funktsionaalses seoses vastava pädevusruumiga.<sup>251</sup>

Teo toimepanijal peab olema teatud diskretsioon ehk iseseisvus teise isiku varaga seonduvaid otsuseid teha (nn mänguruum, sks *Spielraum*)<sup>252</sup>, samuti peab õigussuhtest tulenevalt tooma ebaõige otsus kaasa vastutuse (vastutuse põhimõtte). Piirangu eesmärk näib olevat välistada olukorrad, kus isik on sisuliselt vaid konkreetse ülesande täitja igasuguse otsustuspädevuseta ehk kannatanu n-õ käepikendus. Puudub ühtne seisukoht selles, kas isiku otsustuspädevuse piirid peaksid olema kuidagi kindlaks määratud pooltevahelises kokkuleppes või varaliste huvide järgimise kohustust ettenägevas õigusnormis või piisab pelgast faktist, et isikule teatud diskretsioon usaldati.<sup>253</sup> B. Schünemann on iseseisvuse kriteeriumi sisustanud sarnaselt ärakasutamiskoosseisu ebaõigussisuga. Rikkumise ja tagajärje seisukohalt ei ole oluline mitte see, mida toimepanija tohtis, vaid mida talle oli võimaldatud: iseseisvuse jaatamiseks on vajalik, et toimepanija tegevuse üle puuduks aktiivne kontroll, st toimepanijal endal

---

<sup>247</sup> K. Kühl (Bearb.). Strafgesetzbuch. Kommentar. München, 2009, § 266 änr 11.

<sup>248</sup> BGB § 241 lg 2 järgi võib õigussuhte sisust tulla kohustus ka teise huve kaitsta. Eelnimetatud põhimõtte on käsitletav hea usu põhimõttest tuleneva kõrvalkohustusena. – vt R. Schulze (Hrsg.). Baden-Baden, 2011, § 241 änr 4, § 242 änr 2. VÕS-s vastab eelnimetatud põhimõttele VÕS § 2 lg 2 ja eelkõige § 76 lg 2.

<sup>249</sup> Eelnev ei välista siiski erandjuhtudel jaatada varaliste huvide järgimise kohustust, vt teksti alamärkus 264 juurde.

<sup>250</sup> R. Hefendehl. O. Hohmann (Hrsg.). München, 2006, § 266 änr 53. H. Satzger. B. Schmitt. G. Widmaier (Hrsg.). Köln, 2009, § 266 änr 12.

<sup>251</sup> A. Schönke. H. Schröder. München, 2010, § 266 änr 23.

<sup>252</sup> Isikul peab olema põhimõtteline võimalus otsustada mõlemal viisil. – U. Kindhauser. U. Neumann, H-U. Paeffgen. Baden-Baden, 2010, § 266 änr 47–48.

<sup>253</sup> B. v. Heintschel-Heinegg. München 2010, § 266 änr 32.

oleks selge kontroll oma tegevuse üle.<sup>254</sup> Seega, nagu eespool märgitud, ei hõlma *kohustus* üksnes tehnilise iseloomuga õigusi teise isiku vara suhtes.<sup>255</sup>

Kriteeriumid ulatus ja kestus ei ole võrreldes kahe eelmisega nii suure tähtsusega, kuna ei osuta otse kohustuse sisule. *Varaliste huvide kohustust* ei saa jaatada, kui isikul on antud õigus teha vaid ühte konkreetset ja eraldi tegu.<sup>256</sup> Võrreldes eelmise kahe kriteeriumiga arvatakse ulatusel ja kestusel olevat pigem indikatiivne tähendus – vaid tehnilise iseloomuga ülesannet (nt iga päev viia kassajääk sularahas krediidasutusse) täitval kassiiiril ei lasu varaliste huvide järgimise kohustust, olgugi et ta on kohustust kassajääk ära viia täitnud aastakümneid. Niisamuti võib varaliste huvide järgimise kohustust jaatada konkreetse ja ühekordse ülesande täitmise puhul: asja parendamine, väärtpaperile ostja leidmine. Kriteerium ei tee vahet kestvus- ja mittekestvuslepingutel.<sup>257</sup>

Eelnimetatud kriteeriumid tuleb kindlaks teha üksikjuhul, üldise vaatlaja positsioonilt, st arvestada ja kaaluda tuleb kõiki asjaolusid.<sup>258</sup> Katsed nimetatud kriteeriume täiendavalt üldistada on ebaõnnestunud.<sup>259</sup> Juba ainuüksi n-õ üldise vaatlaja positsioonist lähtumist on kritiseeritud, et see ei võimalda kriteeriumite kohaldamisalast adekvaatset ja ennustatavat ülevaadet.<sup>260</sup> Näitena on kriteeriumi iseseisvus sisustamisel õiguskirjanduses tekkinud pealtnäha kummalised probleemid: kas investeerimisnõustaja on piisavalt iseseisev, sest olemuselt teeb lõpliku investeerimisotsuse ju klient – kas peaks hakkama kõiki asjaolusid arvestades analüüsima, palju klient keskmiselt investeerimisnõustajat usub ja mitu investeerimisotsust ta nõustaja nõuannete alusel on teinud?<sup>261</sup>

Varaliste huvide järgimise kohustust puudutav teooria on abstraktsete suuniste välja töötamisest loobunud ja valitsevaks peetakse lähtumist kaasusepõhisest süstematiseeringust ehk siis n-õ juhiste kataloogist (sks *Indizien-Kataloge*).<sup>262</sup> See seisneb ülipikkades, kohtupraktikal põhinevates kaasusepõhistes loeteludes selle kohta, missuguses tuleb olukorras nentida toimepanija varaliste huvide järgimise kohustust ja millises mitte.<sup>263</sup> Nii on varaliste huvide järgimise kohustust jaatatud arhitektil, nõukogu liikmel, raamatupidajal, linna-peal, haigla peaarstil või ülikoolikliiniku peaprofessoril, laenuvõtjal kindla

---

<sup>254</sup> H-W. Laufhütte. R. Rissing-van Saan. K. Tiedemann (Hrsg.). Berlin, 2012, § 266 änr 86. Vt käesoleva töö ptk 2.2.2 ja ptk 3.1.

<sup>255</sup> H-W. Laufhütte. R. Rissing-van Saan. K. Tiedemann (Hrsg.). Berlin, 2012, § 266 änr 4.

<sup>256</sup> R. Hefendehl. O. Hohmann (Hrsg.). München, 2006, § 266 änr 52.

<sup>257</sup> H-W. Laufhütte. R. Rissing-van Saan. K. Tiedemann (Hrsg.). Berlin, 2012, § 266 änr 89.

<sup>258</sup> T. Fischer (Hrsg.). 2012, § 266 änr 37.

<sup>259</sup> W. Kargl. – ZStW 2001, lk 584–585.

<sup>260</sup> T. Fischer (Hrsg.). München, 2012, § 266 änr 37.

<sup>261</sup> T. Mölter. Untreuestrafbarkeit von Anlageberatern unter spezieller Betrachtung der Vermögensbetreuungspflicht. – Wistra 2010, lk 56.

<sup>262</sup> B. v. Heintschel-Heinegg. München 2010, § 266 änr 31. H-J. Rudolphi ua (Hrsg.). Köln, 2012, § 266 änr 34.

<sup>263</sup> Nt võtab vastav loetelu kogu StGB-d katva T. Fischeri kommentaarist kogumahuga 2600 lk u 5.

eesmärgiga sõlmitud laenulepingu puhul, rahavedajal, pankrotihalduril, avalikes huvides ehitustöövõtulepinguid sõlmival inseneril, haldamis- ja raamatu- pidamiskohustustega kassiiril, ülikooli õppetooli juhatajal, likvideerijal, maakeril, üürileandjal üürniku tasutud üürikautsjoni suhtes, advokaadil, notaril, jalgpallikohtunikul jalgpalli alaliidu suhtes, teadlasel kolmandalt isikult saadud toetuste kohta, ettevõtlusnõustamisega tegeleval isikul, saneerijal, vähemus- aktsionäril aktsiaseltsi suhtes, kindlustusmaakleri, maksunõustajal, majahalduril, inkassoettevõtjal, faktilisel ühingujuhil, juhtimisülesannetega krediidiastutuse töötajatel, puudub aga töötajal tööandja suhtes ja vastupidi, faktoiril, liisingu- võtjal liisinguandja suhtes jne.<sup>264</sup> Eelnimetatud loetelu on esitatud vaid näidete kasualistlikku iseloomu ilmekaks esile toomiseks ega pretendeeri täielikkusele.

Kohtupraktika loodud näidetest ja kriteeriumitest on koosseisu puudutav õiguskirjandus püüdnud välja töötada metalauselisi kriteeriume. Ehk universaal- seima näitena on F. Saligeri hinnangul varaliste huvide järgimise kohustusega tegemist siis, kui kohustatud isik peab üles näitama hoolet teise isiku varasse puutuvalt, kui nimetatud kohustus on olulise tähendusega õigussuhtest tulene- vatest kohustustes vara omaniku suhtes ja ta vastutab nimetatud hoole kohalda- mise eest.<sup>265</sup> Õiguskirjanduses on tehtud katseid tekitada eelkirjeldatud kritee- riumite (iseseisvus jne) ja nn juhiste kataloogi vahel mingit süsteemset seost, näiteks on üks ettepanekuid, kuidas tuvastada varaliste huvide järgimist, teha analüüs järgmiste sammude alusel: üldine hinnang > juhiste kataloog > sisemine teatava võimu olemasolu (sks *Gesamtwürdigung, Indizienkatalog, Machtstel- lung*). Eelneva käsitluse kohaselt peab kohus *varaliste huvide järgimise kohustuse* tuvastama kõiki õigussuhtega seonduvaid asjaolusid arvestades, mida täpsustatakse juhiste kataloogi kaudu. Juhiste kataloogile tuginemine iseenesest peaks andma pooltele kindluse ka kriminaalmenetluse raames tõenduslike küsi- muste lahendamisel, samas on olukord teoreetilisel tasandil üsna segane – kohtupraktika on eitanud varaliste huvide järgimise kohustust pelga vastas- tikuste kohustustega lepingu puhul, olgugi et samas on jaatatud, et teatud lepingute puhul on varaliste huvide järgimise kohustus vastastikuste kohustuste raames siiski võimalik.<sup>266</sup> Tegemist on samas vaid ühe üldistava käsitlusega, mis ei ole kinnistunud. Kui nõuete sisus näikse kohtupraktikas ja õiguskirjan-

---

<sup>264</sup> Vt pikki loetelusid: B. v. Heintschel-Heinegg. München 2010, § 266 änr 31. H-J. Rudolphi ua (Hrsg.). Köln, 2012, § 266 änr 34.1-34.10. T. Fischer (Hrsg.). München, 2012, § 266 änr 47–48. R. Hefendehl. O. Hohmann (Hrsg.). München, 2006, 266 änr 56–117. Viimase loetelu puhul on nt autor, olgugi et järgneb 16-leheküljeline näidete loetelu, märkinud, et ammendav loetelu on võimatu, ja tegemist on pigem tähestikulise näidisloeteluga.

<sup>265</sup> Oluline on tähelepanu juhtida sellele, et nimetatud metalauses on F. Saliger teadlikult kasutanud mõistet „näitama hoolet teise isiku vara”, mitte aga „varaliste huvide suhtes” (sks „wenn für den Treunehmer die eigenverantwortliche Sorge um fremdes Vermögen wesentlicher Inhalt seiner Pflichtenbeziehung zum Vermögensinhaber ist). – F. Saliger. Rechtsprobleme des Untreuetatbestandes. – Juristische Arbeitsblätter 2007, 5, lk 327.

<sup>266</sup> Vt koos viidetega kohasele kohtupraktikale. – H. Satzger. B. Schmitt. G. Widmaier (Hrsg.). Köln, 2009, § 266 änr 10.

duses olevat suhteline ühtsus, siis nimetatud tunnuste kvalitatiivse ja kvantitatiivse sisustamise kohta igasugune selgus puudub.<sup>267</sup> Eelnimetatud probleeme silmas pidades on kohtupraktikas sageli lähtutudki vaid eelnevast ja üsna kasualistlikust lähenemisest ning loobutud eelloetletud kriteeriumite analüüsimisest.<sup>268</sup>

#### 2.1.2.4. Võimalik vastuolu määratletuspõhimõttega

Eelnev ebaselgus varaliste huvide järgimise kohustuse sisustamisel on andnud hoogu juurde arvamusele, mille kohaselt on varaliste huvide järgimise kohustuse mõiste (ja ka selle ilmselt ebaõnnestunud määratlemise katsete) vastavus määratletuspõhimõttega üleüldse küsitav.<sup>269</sup> Peamise vastava käsitluse eestkõneleja A. Dierlammi kohaselt on koosseisu sõnastus üldpildis nii lai, et isenesest on koosseisuteona käsitletav iga tegu või tegevusetus, mis rikub karistusõigusväliseid, vara suhtes mingit tähtsust omavaid reegleid. Katsed paigutada *varaliste huvide järgimise kohustust* dogmaatilisel, tuginedes kohtupraktikale, mingisse arusaadavasse raami, on ebaõnnestunud.<sup>270</sup> Lisaks on ebaselgusele kaasa aidanud koosseisu rakendamisala – vaieldamatult on usalduse kuritarvitamisest saanud võitluses majanduskuritegevuse vastu üks peamiseid vahendeid.<sup>271</sup> Nimetatud valdkonna mitmekesisus ja spetsiifilisus on koosseisu rakendusala laiendanud veelgi ning see on A. Dierlammi hinnangul viinud koosseisu kontuuride täieliku kadumiseni.<sup>272</sup> Eelneva seisukoha kriitika ei ole võimalikku vastuolu eitav, vaid pigem resigneeruv ja seda seadusandja poolt eesmärgistatult<sup>273</sup> ebaselge varaliste huvide järgimise kohustuse sõnastuse ning suuresti selle ajaloolisest taustast põhjustatuna: koosseisu puudutava dogmaatika indikatiivne olemus ei peegelda juriidilist omavoli, vaid pigem koosseisu sõnastust, mis jätab soovida ja mis eeldab paratamatult teatavat konkretiseerimisprogrammi.<sup>274</sup> Lahendusena on pakutud hoiduda varaliste huvide järgimise kohustuse käsitlemisest mitte väärtus-, vaid funktsioonimõistena, seda

<sup>267</sup> F. Saliger. – Juristische Arbeitsblätter 2007, 5, lk 327.

<sup>268</sup> T. Fischer (Hrsg.). München, 2012, § 266 änr 47. Ainult näidete põhjal sisuülevaate andmine koosseisust vt K. Kühl (Bearb.). München, 2009, § 266 änr 12–14.

<sup>269</sup> Peamised kriitikud: R. Hefendehl. O. Hohmann (Hrsg.). München, 2006, § 266 änr 48. A. Schönke. H. Schröder. München, 2010, § 266 änr 23a., H-J. Rudolphi ua (Hrsg.). Köln, 2012, § 266 änr 29–30. Näiteid absurdsetest vastuoludest, mida nii näidiste kataloog kui ka nõuete kataloog on tekitanud. – F. Saliger. – Juristische Arbeitsblätter 2007, 5, lk 328–329.

<sup>270</sup> A. Dierlamm. – Neue Zeitschrift für Strafrecht 1997, 11, lk 534–536.

<sup>271</sup> Vt lähemalt T. Rönnau. – ZStW 2008, 119, lk 887–926, samuti käesoleva töö pkt 1.2.3.2.

<sup>272</sup> Vt koos rohkete viidetega alamkoosseisu vastavust määratletuspõhimõttega küsitavaks pidavale kirjandusele. R. Hefendehl. O. Hohmann (Hrsg.). München, 2006, § 266 änr 3–6, 48.

<sup>273</sup> H-W. Laufhütte. R. Rissing-van Saan. K. Tiedemann (Hrsg.). Berlin, 2012, § 266 änr 26.

<sup>274</sup> H. Satzger. B. Schmitt. G. Widmaier (Hrsg.). Köln, 2009, § 266 änr 11.

enam et kõikvõimalikud koosseisu sõnastuse alternatiivsed ettepanekud on samavõrd ebamäärased.<sup>275</sup>

Määratletuspõhimõte tuleb Saksa karistusõigusesse GG § 103 lg-st 2, mida sisustav kohtupraktika ja õiguskirjandus on karistusõiguses lubanud määratlemata õigusmõisteid niikaua, kuni neid on võimalik normaalse tõlgenduspraktikaga sisustada, või kui koosseisu suhtes on olemas selge kohtupraktika.<sup>276</sup> Olulise teetähise andis Saksamaa konstitutsioonikohus kahes üsna hiljutises otsuses: 10.03.2009. a (puudutas eelkõige kahju mõiste põhiseaduspärasust)<sup>277</sup> ja 23.06.2010. a otsus. Olulisem on neist viimane. Kohtu põhijärelduse kohaselt on StGB § 266 veel<sup>278</sup> sellisel kujul määratletuspõhimõttele vastav. Koosseisust on tuletatav selge õigushüve ja seega ka ohud, mille eest seadusandja õiguse adreassaate koosseisuga kaitsta soovib. Seetõttu on võimalik koosseisu selle suhtelise laiuse tõttu piisavalt piiritlevalt ja kitsalt tõlgendada (otsuse p 85). Kohus mõõnis, et ajaloolistel põhjustel on koosseis abstraktselt sõnastatud. Seetõttu on tema tõlgendamisvõimelisus ja -vajadus eriti suur (otsuse p 92). Mis kõige olulisem, otsuse p-s 109 kordas kohus üle ptk-s 2.1.2.1 käsitletud kriteeriumid, nagu peakohustus, iseseisvus ning kestus ja ulatus, ning leidis, et kuna koosseisu ebamäärasusele vaatamata on olemas selge rakenduspraktika jada, on sellega GG § 103 lg-st 2 tuleneva määratletuspõhimõtte nõuded täidetud.<sup>279</sup> Just viimases suunises (võrdle siinkohal põhimõtte sisustamist nt EIK praktikas, vt käesoleva töö ptk 1.3.1) peitub senise Saksa konstitutsioonikohtu praktika uudsus: kohus ei laiendanud määratletuspõhimõtte rakendumist kohtutele, vaid kohustas otse kohtuid laia sõnastusega koosseise kohtupraktika käigus täpsustama.<sup>280</sup>

Kahe eelnimetatud otsusega andis kohus suunise, et üldised sõnastused on põhimõtteliselt (veel?) määratletuspõhimõttega kooskõlas, kui ühtlane kohtupraktika annab selle alusel piisavalt juhiseid, mille alusel isik saaks aru kaitstavast väärtusest ja teo keelatuse sisust. Eelnevast on tuletatud märkimisväärne muudatus määratletuspõhimõtte sisustamisel – põhimõte on nüüd seadusandja kõrval selgelt suunatud ka kohtule.<sup>281</sup> Mõistetavalt on lahendi järeلكirjandus kaasa toonud nii toetavaid kui ka kritiseerivaid lähtekohti. Kriitika üks

<sup>275</sup> Vt K-H. Labschi ettepanek uueks sõnastuseks – K-H. Labsch. Untreue (§ 266 StGB). Grenzen und Möglichkeiten einer neuen Deutung. Lübeck, 1983, lk 208. Samuti ka – R. Hefendehl. O. Hohmann (Hrsg.). München, 2006, § 266 änr 3–6, 48.

<sup>276</sup> B. Schmidt-Bleibtreu ua (Hrsg.). Grundgesetz. Kommentar zum Grundgesetz. 11. Aufl. Köln, 2008, § 103 änr 33. Vt ka käesoleva töö ptk 1.3.1.

<sup>277</sup> BVerfG Urt. v. 10.03.2009. – NJW 2009, 2370.

<sup>278</sup> Kohus ei täpsustanud, mida ta peab silmas „veel” all. – BverfG 23.06.2010 NJW 2010, 3209, p 7.

<sup>279</sup> BverfG Urt v. 23.06.2010 NJW 2010, 3209, p-d 85, 92, 109. F. Saliger. Das Untreuestrafrecht auf dem Prüfstand der Verfassung. – NJW 2010, lk 3195.

<sup>280</sup> L. Kuhlen. Gesetzlichkeitsprinzip und Untreue. – Juristische Rundschau 2011, 6, lk 248–249.

<sup>281</sup> Põhiõiguse suunamine kohtule ja kohtu kohustamine anda koosseisutunnustele selline sisu, et need ei läheks vastuollu omavahel ega oleks ebamõistlikult laiad.

põhialuseid on väide, et laialivalguva mõiste puhul ei olegi selle piiritlev tõlgendamine kuidagiviisi võimalik, kuna iga tõlgendus, mis laialivalguvale mõistele antakse, avardab seda mõistet just piiride määratlemise kaudu (näitena esitatakse mõiste head kombed sisustamine).<sup>282</sup>

### 2.1.2.5. Käsund kui kristalliseerimispunkt

Vältimaks dogmaatilist ebakindlust, mis varaliste huvide järgimise kohustust puudutavas kohtupraktikas ja seda sünteesivas kirjanduses on tekkinud, on kirjanduses välja töötatud erinevad alternatiivsed teooriad, mis (vähemalt) püüavad lahti öelda senistest juhustest ja kriteeriumitest ning välja töötada täiesti eraldiseisvad käsitlused. 1977.a artiklis avaldas W. Sax üsna kõikehõlmava käsitluse varaliste huvide järgimise kohustusest kui isiku poolt vara suhtes omatavast faktilisest võimupositsioonist ja selle faktilise positsiooni ärakasutamisest.<sup>283</sup> Teooria kõikehõlmavuses sekundeerib W. Saxile W. Kargli käsitlus, mis püüab vältida õiguslikesse kategooriatesse sumbumist ja sisustab varaliste huvide järgimise koosseisu selle mõisteid etümoloogiliselt tõlgendades.<sup>284</sup> Eelnevad teooriad ei ole siiski saanud valitsevaks.

23.06.2010.a otsusega kinnitas Saksamaa konstitutsioonikohus piiratud tõlgendamise vajadust, ja ilmselt on tegu ka ainsa põhimõttega varaliste huvide järgimise kohustuse praktikas, mille kohta vaidlus puudub.<sup>285</sup> Sama otsuse p-s 96 viitas kohus, et koosseis toetub oma rakendusala tulenevalt väga suures ulatuses karistusõigusvälistele normidele.<sup>286</sup> Kohus ei võtnud otsest seisukohta küsimuses, milline on kogu koosseisu ja kitsalt nimetatud koosseisuelemendi sisustamise suhe tsiviilõigusesse. Ka sellekohane õiguskirjandus hoidub otse mingite järelduste tegemisest, mainides vaid, et otsusega kinnitati senise segase sisustamispraktika valitsevus.<sup>287</sup> F. Saliger on eelnimetatu pinnalt teinud üsna julge järelduse, et kohus näikse olevat lähtunud karistusõigusautonoomsest varamõistest.<sup>288</sup>

Varaliste huvide järgimise kohustust puudutavas õiguskirjanduses on eelnevale vaatamata autori hinnangul tuntav ühtsus ka küsimuses, et olemuselt vastab senine kohtupraktikast tulenev otsene sisustamine, ja ka abstraktselt praktikast tuletatav StGB § 266 ebaõigussisu, BGB §-dest 662 ja 675 tulenevale käsundi mõistele. Seega tuleks varaliste huvide järgimise kohustust alati

---

<sup>282</sup> R. Hefendehl. O. Hohmann (Hrsg.). München, 2006, § 266 änr 28.

<sup>283</sup> W. Sax. Überlegungen zum Treubruchstand des § 266 StGB. – Juristische Zeitung 1977, lk 663–667, 702–706, 743–747.

<sup>284</sup> W. Kargli lähtealuseks on StGB 266 sõnastusest kasutatav „Treu” ehk usalduse mõiste. – W. Kargl. – ZStW 2001, lk 572 jj.

<sup>285</sup> Vt käesoleva töö ptk 2.1.2.3.

<sup>286</sup> BverfG 23.06.2010 NJW 2010, 3209, p 96.

<sup>287</sup> H-W. Laufhütte. R. Rissing-van Saan. K. Tiedemann (Hrsg.). Berlin, 2012, § 266 änr 75. Kindhauser. U. Neumann, H-U. Paeffgen. Baden-Baden, 2010, § 266 änr 31, A. Schönke. H. Schröder. München, 2010, § 266 änr 32a. E. Kraatz. – ZStW 2011, lk 468.

<sup>288</sup> F. Saliger. – NJW 2010, lk 3195.

jaatada, kui isikul on käsund.<sup>289</sup> Käsundi mõiste on piisav, et vältida varaliste huvide järgimise kohustuse tekkimist eelmainitud vastastikustest lepingulistest kohustustest nt võõrandamislepingute puhul, kus iseenesest on võimalik tuletada pooltele teatavaid täiendavaid kohustusi teise poole huve arvestada (ehk siis kus primaarselt tegutseb isik vastastikust kohustust täites siiski enda huvides).<sup>290</sup> Lisaks katab see suure tõenäosusega kõik senised kohtupraktikas välja töötatud kriteeriumid: käsundist tulenev käsundiandja huvide järgimise kohustus on käsundussuhte peamine kohustus, käsund eeldab iseloomuliku tunnusest käsundisaaja diskretsiooni oma tegevuse korraldamisel, käsundisaaja vastutab oma rikkumise eest.<sup>291</sup>

Edasi jagunevad käsitlused kaheks.<sup>292</sup>

1. Karistusõigusautonoomne tõlgendus käsitada käsundit n-ö kristalliseerimispunktina ehk siis käsundilaadse suhte puhul on alati tegemist varaliste huvide järgimise kohustusega, ent see ei ole alati piisav tunnus (st tuleb juurde lisakriteeriume).
2. Tugev tsiviilõigusaktssussoorus. Kuna senine kohtupraktika sisustab varaliste huvide järgimise kohustuse kui käsundi, siis tuleks täies ulatuses loobuda lisapiirangute nõudest ja sisustada seda tsiviilõiguslike mõistetega.

Karistusõigusautonoomne tõlgendus tugineb kahele argumendile: esiteks, olemuselt põhineb varaliste huvide järgimise kohustus siiski vara mõistel, mis aga on karistusõigusautonoomne.<sup>293</sup> Eelnev eeldab järeldust, et *varalised huvid* on mõiste *vara* tuletis ja seega immanentselt sellega seotud, mitte aga eraldi-seisev mõiste, ning et KarS § 217<sup>2</sup> põhineb karistusõiguslikul varamõistel.<sup>294</sup> Teiseks, on *varaliste huvide järgimise kohustuse* näol tegemist tavalise garandi-seisundiga, mistõttu on ta alluv karistusautonoomsele sisustamisele kui karistus-

---

<sup>289</sup> Sama, käsund n-ö kui kristalliseerimispunkt, on omaks võetud ka Šveitsi StGB 153 sisustamispraktikas. Vt Šveitsi Liidukohtu 20.20.1954. a otsus 80 IV 243. Kättesaadav: <http://www.bger.ch/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht/jurisdiction-recht-leitentscheide1954.htm>, 23.01.13. Šveitsi Liidukohtu 22. 12.1965. a otsus 81 IV 276. Kättesaadav:

[http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?lang=de&type=show\\_document&page=1&from\\_date=&to\\_date=&from\\_year=1954&to\\_year=2013&sort=relevance&insertion\\_date=&from\\_date\\_push=&top\\_subcollection\\_clir=bge&query\\_words=&part=all&de\\_fr=&de\\_it=&fr\\_de=&fr\\_it=&it\\_de=&it\\_fr=&orig=&translation=&rank=0&highlight\\_docid=atf%3A%2F%2F81-IV-276%3Ade&number\\_of\\_ranks=0&aazacclir=clir#page279](http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?lang=de&type=show_document&page=1&from_date=&to_date=&from_year=1954&to_year=2013&sort=relevance&insertion_date=&from_date_push=&top_subcollection_clir=bge&query_words=&part=all&de_fr=&de_it=&fr_de=&fr_it=&it_de=&it_fr=&orig=&translation=&rank=0&highlight_docid=atf%3A%2F%2F81-IV-276%3Ade&number_of_ranks=0&aazacclir=clir#page279), 23.01.13.

<sup>290</sup> H. Satzger. B. Schmitt. G. Widmaier (Hrsg.). Köln, 2009, § 266 änr 11.

<sup>291</sup> H-W. Laufhütte. R. Rissing-van Saan. K. Tiedemann (Hrsg.). Berlin, 2012, § 266 änr 75.

<sup>292</sup> Kaksikjaotus on modifitseeritud T. Mølteri vastavast kaksikjaotusest. – T. Mølter. – Wistra 2010, lk 56.

<sup>293</sup> Kohaldamisele tuleb karistusõiguslik varamõiste, st see ei ole tsiviilõigusaktssossoorne, ent on väga olulisel määral vara kui tsiviilõiguse normide poolt reguleeritava valdkonna poolt mõjutatud (kord, mis reguleerib subjektide käitumist rahaväärtusega objektide suhtes). – H-W. Laufhütte. R. Rissing-van Saan. K. Tiedemann (Hrsg.). Berlin, 2012, § 266 änr 59, 70.

<sup>294</sup> Vt käesoleva töö ptk 1.3.2.3. ja 2.1.2.2.

õigusele omane instituut.<sup>295</sup> Erinevalt ärakasutamiskoosseisust, mille sisu on teatavate sisesuhet rikkuvate tegude tegemine, on usalduse murdmise ebaõigussisu mingite reaalaktide kaudu teise isiku varaliste huvide kahjustamine.<sup>296</sup> Seega olgugi et senine praktika ehk tõepoolest vastab käsundi mõistele, on tegemist garantiseisundi alusega, seega karistusõigusautonoomse mõistega. Eelkirjutatu tõttu tuleb lähtuda nn tsiviilõiguslähedusest,<sup>297</sup> st mõiste sisustamine identselt käsundiga võib küll teatud juhtudel täies ulatuses asendada senises praktikas jaatud kriteeriumite – iseseisvus, peakohustus ja ulatus – analüüsist,<sup>298</sup> ent vajaduse korral peab rakendama seni praktikas välja töötatud kriteeriume.<sup>299</sup> Tuleb märkida, et argument läheb sujuvalt mööda asjaolust, et varaliste huvide järgimise kohustus ei eelda alati teo toimepanemist vaid ka näiteks tegevusest hoidumist.<sup>300</sup> nii on varem osutatud investeerimismõistaja puhul tema rikkumise sisu ebaõige investeerimissoovituse andmine.<sup>301</sup>

Võimalikult range tsiviilõigusaktseessoorsusele viitav õiguskirjandus on eelkõige tekkinud eraõiguslike juriidiliste isikute juhtorgani liikmete vastutust puudutavate näidete pinnalt, mille puhul on põhiküsimuseks isegi mitte kohustuste sisu, vaid küsimus, kas ühingujuhil lasuva kohustuse iga rikkumine peaks olema käsitatav usalduse kuritarvitamise koosseisu alusel (eelkõige siis ärakasutamiskoosseis) vastutust tekitavana. Nimetatud küsimustele keskendutakse käesoleva töö ptk-s 4. Küll aga on antud kaasuste põhjal loodud range tsiviilõigusaktseessoorsuse käsitlus kandunud üle ka varaliste huvide järgimise kohustuse sisustamisse. Puudub vaidlus selles, et nii StGB § 266 kui ka KarS § 217<sup>2</sup> on sõnastatud tsiviilõiguslikult n-õ vildakalt, samuti ei viita koosseisu sõnastus range tsiviilõigusaktseessoorsuse lubatavusele ega ka välista seda.<sup>302</sup> Varaliste huvide järgimise tugeva tsiviilõigusaktseessoorsuse jaatamine põhineb järgmisel – suuresti W. Perroni poolt esitatud – mõttekäigul: puudub vaidlus selles, et senise kohtupraktika jooned viitavad ühtselt käsundi mõistele. Täpsemalt – enamikul kohtupraktikas kirjeldatud *varaliste huvide järgimise kohustust*

---

<sup>295</sup> H. Satzger. B. Schmitt. G. Widmaier (Hrsg.). Köln, 2009, § 266 änr 11. T. Lassmann. Untreue zu Lasten gemeinnütziger Stiftungen – Strafbarkeitsrisiken im Non-Profit-Bereich NStZ 2009, 473. Seisukoha peamise eestkõneleja teooria garantiseisundist seonduvalt üldiste järelevalve kohustuste ülevõtmisega ei ole täiesti valitsev. – vt B. Schünemann. Wider Verbreitete Irrlehren zum Untreuetatbestand. – Zeitschrift für die internationale Strafrechtsdogmatik 2012, 5, 183–194, samuti Schünemanni teooriast ülevaatlikult: C. Roxin. Strafrecht. Allgemeiner Teil. II Bd. München 2003, lk 716ff. Vt ka K. Seelmann. Privat-rechtlich begründete Garantienpflichten? – K. Schmidt (Hrsg.). Berlin, 1994, lk 85–98.

<sup>296</sup> H-W. Laufhütte. R. Rissing-van Saan. K. Tiedemann (Hrsg.). Berlin, 2012, § 266 änr 56.

<sup>297</sup> Mõiste autor B. Schünemann. – H-W. Laufhütte. R. Rissing-van Saan. K. Tiedemann (Hrsg.). Berlin, 2012, § 266 änr 59.

<sup>298</sup> Samas, § 266 änr 75. Sarnasele järeldusele on viidatud ka käesoleva töö alamärkuses 289 viidatud Shveitsi Liidukohtu lahendites.

<sup>299</sup> U. Kindhauser. U. Neumann, H-U. Paeffgen. Baden-Baden, 2010, § 266 änr 33–36.

<sup>300</sup> H-J. Rudolphi ua (Hrsg.). Köln, 2012, § 266 änr 28.

<sup>301</sup> T. Mölter. – Wistra 2010, lk 56.

<sup>302</sup> H-W. Laufhütte. R. Rissing-van Saan. K. Tiedemann (Hrsg.). Berlin, 2012, § 266 änr 57.

jaatavatel juhtudel on poolel lasuval kohustusel käsundilaadne iseloom. Eelnevast tulenevalt on kohtupraktikas varaliste huvide järgimise kohustuse ainu- nõudena ka käsundit jaatatud, ent siiski on lähtutud nn juhiste kataloogist ja muudest kriteeriumitest, mis kokkuvõttes ongi põhjustanud õigusliku eba- selguse. Nimetatud asjaolu viitab vajadusele, et koosseisu peaks sisustama tsiviilõigusliku mõistekasutuse alusel. Tuleb silmas pidada, et kaheldav on ka hea usu põhimõttest tulenevaid kui kõrvalkohustuste varaliste huvide järgimise kohustusena on küsitav<sup>303</sup>, kuna sõnastus „varaliste huvide järgimise kohustus” ise justkui viitaks juba hea usu põhimõttest tulenevatele kõrvalkohustustele,<sup>304</sup> st just nimetatud kohustustele, mida ptk-s 2.1.2.2. ülevaates mainitud peamise kohustuse nõue seadis eesmärgiks vältida.

### **2.1.3. Mõiste varaliste huvide järgimise kohustus sisustamine Fraud Act 2006 art 4 näitel**

15.01.2007.a jõustunud Fraud Act 2006 art 2 ja 3 sätestavad mandrieuroopa- likus arusaamises klassikalise kelmuse koosseisu: art 2 kriminaliseerib eba- õigete andmete esitamise tegevusega ja art 3 tegevusetusega.<sup>305</sup> Kelmuse koos- seisuga Fraud Act 2006 art 4 toodud koosseisul näiliselt midagi ühist ei ole, mis seisneb järgmises:

Kelmus ametiseisundi kuritarvitamise kaudu

- (1) Isik loetakse käesolevat sätet rikkunuks, kui ta
  - (a) on positsioonil, millelt oodatakse teise isiku majanduslike huvide arvesse võtmist ja nendele mitte vastu tegutsemist;
  - (b) ebaausalt rikub nimetatud positsiooni;
  - (c) kavatseb selle positsiooni kuritarvitamise kaudu
    - (i) endale või kolmandale isikule kasu teenida või
    - (ii) teisele isikule kahju tekitada või teisele isikule kahju tekitamise ohu põhjustada.
- (2) Isikut võidakse lugeda oma positsiooni rikkunuks isegi, kui ta käitu- mine seisnes pigem tegevusetuses või tegevuses.<sup>306</sup>

---

<sup>303</sup> Vt käesoleva töö ptk 2.1.2.3.

<sup>304</sup> A. Schönke. H. Schröder. München, 2010, § 266 änr 23a, 24.

<sup>305</sup> Fraud Act 2006. – Kättesaadav arvutivõrgus:

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/35/contents>, 09.02.2014.

<sup>306</sup> Fraud by abuse of position

- (1) A person is in breach of this section if he—
  - (a) occupies a position in which he is expected to safeguard, or not to act against, the financial interests of another person,
  - (b) dishonestly abuses that position, and
  - (c) intends, by means of the abuse of that position—
    - (i) to make a gain for himself or another, or
    - (ii) to cause loss to another or to expose another to a risk of loss.
- (2) A person may be regarded as having abused his position even though his conduct consisted of an omission rather than an act

Juba Fraud Act 2006 eelnõu menetlemise ajal ja esialgses eelnõud puudutavas kirjanduses kirjeldati koosseisu kui vastuolulist<sup>307</sup> ja kui kohtuliku tõlgendamise potentsiaalset õudusunenägu.<sup>308</sup> Seadusandja oli samas teadlikult deklareerinud, et seab eesmärgiks laia sõnastusega koosseisude kehtestamise, võitlemaks nii edukalt tänapäevase majanduskeskkonna kõikide pahedega.<sup>309</sup> Ka hilisemas õiguskirjanduses on koosseisu kritiseeritud – sh on seda teinud ka Mandri-Euroopa õigusteadlased, märkides, et üsna laia mõistekasutust arvestades ei ole ilmselt koosseisu tõlgendamispraktikast midagi head oodata.<sup>310</sup> Nii nagu KarS §-s 217<sup>2</sup> ja StGB §-s 266, pole koosseisus toodud *teise isiku majanduslike huvide arvesse võtmise kohustust* Inglise karistus- ega ka tsiviilõiguses kuidagi viisi defineeritud. Seadusandjal oli erinevalt StGB § 266 ajaloost selge võimalus siduda see käsundiga, angloameerika ehk *common law* süsteemis kui *fiduciary duties*<sup>311</sup>, ent seadusandja kasutas seda vaid osaliselt – Suurbritannia parlamendi õiguskomisjoni (ingl *Law Commission*) kui Fraud Act 2006 väljatöötamise eest vastutanud olnud institutsiooni hinnangul oli mõiste samastamine käsundi mõis- tega põhjendamatu, kuna viimane oli ülemäära tehniline ja piiraks koosseisu liigselt.<sup>312</sup> Käsund oli küll piisav, ent mitte vajalik tingimus (ingl *necessary but not sufficient*), et jaatada majanduslike huvide järgimise kohustust. Pigem kiikas seadusandja karistusõigusautonoomse definitsiooni poole, kirjeldades majanduslike huvide järgimise kohustust kui seisundit, milles isikule on antud õigus kannatanu nimel teatavat otsustuspädevust kasutada. Seisundi võib tuletada pelgast juurdepääsust kannatanu varale, ruumidele, varustusele või klientidele. Nimetatud suhet saab jaatada majandustegevuses tegutseva teenuse- osutaja ja kliendi, ühingujuhi ja ühingu, perekonnaliikmete, vabatahtliku töö tegemise raames jne.<sup>313</sup>

---

<sup>307</sup> D. Ormerod and D. H. Williams. The Fraud Act 2006. – Archibold News, 2007, 6, lk 8.

<sup>308</sup> Standing Committee B, „Fraud Bill (Lords)” (2005–06), 20 June 2006 [25]

<sup>309</sup> Law Commission, p 7.3. G. Wilson S. Wilson. Can the General Fraud Offence ‘Get the Law Right?. – Journal of Criminal Law, 2007, 36, lk 40 ff.

<sup>310</sup> T. Rönna. (Rechts-)Vergleichende Überlegungen zum Tatbestand der Untreue. – ZstW 2010, lk 311. Vt ka A. du Bois-Pedain. Die Strafbarkeit unreueartigen Verhaltens im Englischen Recht: „Fraud by abuse of position” und andere einschlägige Strafvorschriften. – ZStW 2010, lk 325–353.

<sup>311</sup> P. Finn. Fiduciary Law and the Modern Commercial World., – In E. McKendrick (ed.). Commercial Aspects of Trusts and Fiduciary Obligations. Oxford, 1992, lk 8. Bristol and West Building Society v Mothew (1996) 4 All ER 698. G.M.D. Bean. Fiduciary Obligations and Joint Ventures. The Collaborative Fiduciary Relationship. Oxford, 1995, lk 27.

<sup>312</sup> Law Commission, Fraud, p 7.38. Kättesaadav arvutivõrgus:

[http://lawcommission.justice.gov.uk/docs/lc276\\_Fraud.pdf](http://lawcommission.justice.gov.uk/docs/lc276_Fraud.pdf), 03.03.13. A. Ormerod. The Fraud Act 2006 – Criminalising Lying? – Criminal Law Review 2007, 193, lk 207.

<sup>313</sup> Law Commission, Fraud, p 7.37–7.38. Kättesaadav arvutivõrgus:

[http://lawcommission.justice.gov.uk/docs/lc276\\_Fraud.pdf](http://lawcommission.justice.gov.uk/docs/lc276_Fraud.pdf), 03.03.13.

Eelmainitud juhendite ebamäärasust on kritiseeritud ja järeldatud, et vaid selliste suuniste põhjal on koosseisu piiritlemine võimatu.<sup>314</sup> Tsiiviilõigusaktse-soorsuse eitamine kaotab koosseisul igasugused kontuurid, nii on A. Ashworth toonud koosseisu õiguskindluse põhimõtte riive näitlikustamiseks näite, mille kohaselt on eelmainitud tõlgenduse puhul võimatu ennustada, millal töötajal on tööandja suhtes majandusliku huvide järgimise kohustus ja millal mitte.<sup>315</sup> Samal ajal oleks mõiste tsiiviilõigusaktse-soorne (*sufficient but not necessary*-nõude asemel *necessary but not sufficient*-nõue) sundinud kriminaalkohtuid tsiiviilõiguse pärusmaadele, ent samas taganud vähemalt mingi õiguskindluse.<sup>316</sup>

#### **2.1.4. Mõiste varaliste huvide järgimise kohustus võimalik sisustamine KarS § 217<sup>2</sup> puhul**

Nii Saksa kui ka Inglise eeskujude varal näib KarS usalduse murdmise koosseisus sätestatud varaliste huvide järgimise kohustuse sisustamisel mõistlik lähtuda miinimumeeldusena järeldusest, et kannatanuga käsundilaadses suhtes oleval isikul on käsundiandja suhtes varaliste huvide järgimise seisund (ehk siis vähemalt piiratud tsiiviilõigusaktse-soorsusest). Eelneva toetamine ei ole samas lahendus küsimusele, millisest põhimõttelisest seisukohast lähtudes mõistet sisustada ehk siis kas lisaks käsundi jaatamisele lähtepunktina toetada karistus-õigusautonoomset või siis tsiiviilõigusest (eelkõige VÕS § 2 lg-st 2) lähtuvat sisustamiskaanonit. Lahendus tuleb leida kahele küsimusele:

1. Sisulise aktse-soorsuse probleem. Mõiste sisustamise aluspõhimõtete kindlaks määramine – kas lähtuda VÕS § 2 lg-st 2 ja jaatada igal juhul varaliste huvide järgimise kohustust olukorras, kus isikul on eelneva sätte alusel teise isiku huvide järgimise kohustus, või eitada vastavat tsiiviilõigus-aktse-soorsust. Ptk-s 2.1.1. esitatu põhjal taandub põhiküsimus sellele, kas selles esitatud näidete varal, kus seltsinglaste omavaheliste suhete, kolmanda isiku kasuks sõlmitud lepingu jm näidete puhul, peaks samuti alati jaatama varaliste huvide järgimise kohustust (sisustades seda seega VÕS § 2 lg 2 mõistekataloogiga identselt) või siis lähtuda varaliste huvide järgimise kohustusest kui karistusõigusautonoomsest, st mitte lähtuda VÕS § 2 lg-st 2. Küsimuse praktiline tähendus sõltub sellest, kas jaatada varaliste huvide järgimise kohustust VÕS § 581 lg-st 2 tuleneva kohustuse puhul seltsinglaste vahel, VÕS § 81 lg-st 1 tuleneva kohustuse puhul jne.
2. Asümmeetrilise aktse-soorsuse probleem. Nimetatud probleem põhineb suuresti Saksa dogmaatikas tekkinud ebaselgusel küsimuses, kas isegi kui käsundist kristalliseerimispunktina lähtuda, oleks siiski vajalik veel täiendavalt

<sup>314</sup> A. Ormerod. The Fraud Act 2006 – Criminalising Lying? – Criminal Law Review 2007, 193, lk 207–208.

<sup>315</sup> A. Ashworth. Principles of Criminal law. 9<sup>th</sup> ed. Oxford, 2009, lk 395.

<sup>316</sup> A. Ormerod. The Fraud Act 2006 – Criminalising Lying? – Criminal Law Review 2007, 193, lk 207. D. Ormerod. Smith and Hogan Criminal Law, 12th ed. Oxford, 2008, lk 860.

esitada mingeid kriteeriume (eelmainitud peamise kohustuse jne nõue).<sup>317</sup> Seega, isegi kui n-ö laenata huvide, kohustuse mõiste VÕS § 2 lg-s 2 ja 78 jne loodud mõistekompleksist, siis kas eelnevale vaatamata esitada varaliste huvide järgimise kohustusele täiendavaid nõudeid – peaausjalikult seoses küsimusega, kas pelk VÕS § 76 lg-st 2 tulenev kõrvalkohustus täita näiteks müügileping võib olla käsitatav varaliste huvide järgimise kohustusena.

Tuleb arvestada, et sarnaselt Saksa ja Inglise seadusandjatele on ka Eesti seadusandja teadlikult loobunud otsesest viitest tsiviilõiguslikule mõistele. Eelnev ei tähenda käesoleva töö autori seisukoha järgi mingil viisil tsiviilõigusaktssuorsuse eitamist: koosseisu rakendusala tulenevalt hõlmab see muu hulgas ka avalik-õigusliku sisuga usaldussuhteid (nt vallasekretär valla suhtes, linnavalitsuse liige linna suhtes, vt ka RKKKo 3-1-1-28-11 asjaolud)<sup>318</sup>, seadusandja eesmärk võis olla teadlikult välistada sellega tõlgenduspraktika, mis olekski lähtunud vaid käsundist, ja varaliste huvide järgimise kohustus ei oleks kõne alla tulnud VÕS § 581 lg 1 või VÕS § 81 lg 1 puhul. Küll aga ei tähenda see seda, et seadusandja tahet saab tõlgendada viisil, mille kohaselt *varaliste huvide järgimise kohustust* võib jaatada kõigi VÕS § 2 lg-s 2 defineeritud (aga mitte otseselt tulenevate) kaitsekohustustega. Küll on oluline, et VÕS § 2 lg 2 mõistekasutus haakub KarS § 217<sup>2</sup> mõistekasutusega märkimisväärselt (otsene viide *huvidele*), seega õigusselguse seisukohalt on puhtkeeleline seos parem. KarS alternatiiv mõistekujundusele on kaheldav – tegemist saab olla garandiseisundiga vaid osaliselt, kuna tegemist on mitteehtsa tegevusetusdeliktiga –, mistõttu on süstemaatilise ühtsuse huvides lähtuda VÕS § 2 lg-st 2 (tagades nii süsteemse koherentsuse). Olgugi et ka Eesti karistusõigus on omaks võtnud karistusõigusele omase *vara* mõiste, ei tähenda see kohe ka seda, et mõiste *varalised huvid* on karistusõigusautonoomne mõiste. Eelneva kohaselt hõlmaks näiteks varaliste huvide järgimise kohustus kindlasti ka seltsinglaste omavahelised suhted ja VÕS § 81 lg-st 1 tuleneva kaitsekohustuse kolmanda isiku suhtes.

Sisulise aktssuorsuse (varaliste huvide järgimise kohustuse karistusautonoomne väljatöötamine, käsitledes käsundit küll kristalliseerimispunktina) kui ka asümmeetrilise aktssuorsuse (varaliste huvide järgimise kohustusena võib käsitada ka võlasuhteid, mis vastavad VÕS § 2 lg-s 2 toodud määratlusele, juhul kui need vastavad lisatingimustele) puhul on iseenesest eeskätt Saksa karistusõigusdogmaatikas toimuv heaks hoiatavaks näiteks. Varaliste huvide järgimise kohustuse mõiste on juba keeleliselt niivõrd ebamäärane (vt ainuüksi mõiste *huvi* määratlemist), et vastuolulise sisustuspraktika tekke oht on reaalne ja võimalikud on ebaloogilised vastuolud. Näiteks on käsitlusel, mille kohaselt vastastikused kohustused ei ole varaliste huvide järgimise kohustuse aluseks, ent teatud kitsastel juhtudel on – kui seda saab järeldada õigussuhte tervikliku ja objektiivse analüüsi puhul – oht luua paralleeltsiviilõiguslik mõistesüsteem, mis

<sup>317</sup> Vt käesoleva töö ptk-d 2.1.2.3. ja 2.1.2.4.

<sup>318</sup> RKKKo 3-1-1-28-11, p 1.1–1.3

peab välja töötama endale omased, VÕS § 29 (lepingu tõlgendamine) täpsustmele vastavad materiaal- (mitte menetlus-) õiguslikud tõlgendusvormeid ja -põhimõtted. Seda enam, et käesoleva töö ptk-s 2.1.2.4 esitatud näidete varal on kaheldav, kas suurem osa võimalikke kategooriaid ei ole juba nt VÕS § 619 jj käsundi regulatsioonist hõlmatud, st tsiviilõigus on piisav filter bagatellrikkumiste välja juurimiseks koosseisu rakendusala. Tuleb silmas pidada, et kartus bagatellrikkumiste kriminaliseerimise ees on kõrvaldatud juba koosseisu sõnastusega – *varaline huvi* tuleb esmalt tõlgendada kooskõlas ülejäänud KarS § 217<sup>2</sup> sisuga, st *huvi* peab olema a) selline, mida saab järgida; b) selline, mis isikul saab üldse vara suhtes olla ja c) mille rikkumine saab kaasa tuua kahju. Teiseks, ei ole bagatellrikkumiste vältimine mitte varaliste huvide järgimise kohustuse mõiste, vaid koosseisuelementide, nagu rikkumine (vt 3. ptk) ja objektiivse omistamise (vt 4. ptk), funktsioon.

## 2.2. Mõiste *kohustus ärakasutamiskoosseisus*

### 2.2.1. Kohustuse kui koosseisutunnuse koht KarS § 217<sup>2</sup> deliktstruktuuris

Enne mõiste *kohustus ärakasutamiskoosseisu* juurde asumist tuleb sissejuhatavalt selgitada seost kahe KarS § 217<sup>2</sup> alamkoosseisu vahel. Seni ainukese sisulise juhisena on RKKK märkinud, et usalduse murdmise koosseis on „olemuselt laiem” kui ärakasutamiskoosseis.<sup>319</sup> Senine kohtupraktika koosseisude omavahelist seost rohkem täpsustanud ei ole. Koosseisude sõnastus tekitab õigustatult küsimuse, kas ärakasutamiskoosseis on „olemuselt laiem” usalduse murdmise koosseisu suhtes erikoosseisu staatuses: erinevalt pelgast varaliste huvide järgimise kohustuse rikkumisest kriminaliseerib ärakasutamiskoosseis teise isiku vara käsutamise õiguse ebaseadusliku ärakasutamise (RKKKo 3-1-1-4-08: koosseisupärane tegu – *tehing*).<sup>320</sup>

Kui eelnevat tõlgendust jaatada, tekib küsimus, kas olemuselt kitsam ärakasutamiskoosseis peab hõlmama lisaks koosseisupärasele teole tehing ka varaliste huvide järgimisekohustuse rikkumise. Sarnane diskussioon on tekkinud KarS § 217<sup>2</sup> eeskujuks olnud Saksa StGB § 266 puudutavas õiguskirjanduses, õigemini tekkis juba kohe pärast selle sellisel kujul 1933. a jõustamist.<sup>321</sup> Küsimuses on märgilise tähendusega lahendiks peetud 1972. a BGH nn

<sup>319</sup> RKKKo 3-1-1-4-08 p 26. Hilisemas lahendis 3-1-1-100-09 on kohus vaid korranud eelnevat seisukohta, ent ei ole samuti koosseisude omavahelise suhestumise kohta seisukohta võtnud. – RKKKo 3-1-1-100-09, p 30.

<sup>320</sup> RKKKo 3-1-1-4-08 p 26. Mõiste *tehing* kohta vt käesoleva töö ptk 3.

<sup>321</sup> Vt ülevaadet diskussioonist. – M. Wegenast. Missbrauch und Treubruch. Zum Verhältnis der Tatbestände in § 266 StGB. Berlin, 1994, lk 8–50.

*Scheckkarten*-otsust<sup>322</sup>, pärast mida on õiguskirjanduses valitsevaks saanud monistlik teooria, mille kohaselt tuleb mõlemaid koosseise tõlgendada koos, st olemuselt kitsam ärakasutamiskoosseis hõlmab ka usalduse murdmise koosseisus. Seega peab lisaks ärakasutamiskoosseisu koosseisuelementidele vastutuse jaatamiseks isik täitma ka varaliste huvide järgimise kohustuse rikkumise nõude.

Olgugi, et vastav seisukoht näib olevat õiguskirjanduses ja ka 2010. a Saksa-maa konstitutsioonikohtu poolt kinnitatud kui valitsev õpetus,<sup>323</sup> on positsiooni senimaani üsna teravalt kritiseeritud: muu hulgas on leitud, et alamkoosseisude poolt kirjeldatav ebaõigussisu on põhimõtteliselt erinev – *ärakasutamiskoosseisu* esemeks on tehingust tulenev rikkumine (teise isiku vara käsutamise õiguse ärakasutamine), olles nii sisult üsna konkreetne.<sup>324</sup> Usalduse murdmise koosseisu puhul on koosseisu ese teine – see on kohustustevastane käitumine teise isiku varaliste huvide suhtes, kusjuures koosseisu realiseerimise eelduseks ei ole tehingu tegemine.<sup>325</sup> Tegemist on juba keelelises mõttes erinevate viisidega teise isiku usaldust kuritarvitada.<sup>326</sup> Eelnevat ülevaadet varaliste huvide järgimise kohustuse sisustamisega seotud raskuseid silmas pidades on monistlikule teooriale ette heidetud ka seda, et kui ärakasutamiskoosseis on sõnastuselt üsna selge ja lihtne, siis varaliste huvide järgimise kohustuse lisamisega sellesse on ka ärakasutamiskoosseis allutatud kõikvõimalikele teoreetilistele vaidlustele. Varaliste huvide järgimise kohustuse lülitamine olemuselt konkreetsesse ja selgesse ärakasutamiskoosseisu muudab viimase samavõrd kontuurituks.<sup>327</sup> Samas on iseenesest adekvaatne nimetatud koosseisude puhul ärakasutamiskoosseisu defineerida kui varaliste huvide järgimise kohustuse rikkumist tehinguga, usalduse murdmise koosseisu puhul varaliste huvide järgimise kohustuse rikkumist muul viisil kui tehingu tegemisega.<sup>328</sup>

Monistlikule teooriale vastanduvatena on eristatavad modifitseeritud dualistlik teooria, tüpoloogiline teooria jne.<sup>329</sup> Modifitseeritud dualistliku teooria kohaselt saab küll jaatada seda, et usalduse murdmise koosseis on ärakasutamiskoosseisu element, ent varaliste huvide järgimiskohustus ei ole mõlema

---

<sup>322</sup> BGHSt 33, 244 [250]. Vt kokkuvõtlikult otsusega seoses. – H. Satzger. B. Schmitt. G. Widmaier (Hrsg.). Köln, 2009, § 266 änr 6. W. Sax. – Juristische Zeitung 1977, lk 702–704. Analüüs, kuidas otsuse kohaselt koosseisu objektiivse koosseisu kontrolli teha. – K-H. Labsch. Grundprobleme des Missbrauchtatbestands der Untreue. – Jura 1987, lk 343–352.

<sup>323</sup> BverfG Urt. v. 23.06.2010. – NJW 2010, lk 3209.

<sup>324</sup> H. Satzger. B. Schmitt. G. Widmaier (Hrsg.). Köln, 2009, § 266 änr 6.

<sup>325</sup> Varaliste huvide järgimise kohustus kui toimepanija internne pädevus teise isiku varasfääris. – F. Saliger – Juristische Arbeitsblätter 2007, 5, lk 327.

<sup>326</sup> H-W. Laufhütte. R. Rissing-van Saan. K. Tiedemann (Hrsg.). Berlin, 2012, § 266 änr 18.

<sup>327</sup> Ühingujuhi rikkumist puudutavat Saksa kohtupraktikat silmas pidades (vt lähemalt käesoleva töö pkt 4) on ka ärakasutamiskoosseisu selguses ja lihtsuses hakatud kahtlema. – H. Satzger. B. Schmitt. G. Widmaier (Hrsg.). Köln, 2009, § 266 änr 6.

<sup>328</sup> U. Kindhauser. U. Neumann, H-U. Paeffgen. Baden-Baden, 2010, § 266 änr 20.

<sup>329</sup> T. Fischer (Hrsg.). München, 2012, § 266 änr 7.

alamkoosseisu koosseisuelemendina identse sisuga. Koosseisu erinevast ebaõigussisust tulenevalt on ärakasutamiskoosseisu puhul vastav kohustus oluliselt väiksema tähendusega, hõlmates vaid kohustust teise isiku vara kohustustepäraselt käsutada.<sup>330</sup> Siinne töö ei sea eesmärgiks laskuda antud vaidluse kõikidesse detailidesse, kuna sel küsimusel on koosseisus olevate relatiivsete õigusmõistete tsiviilõigusaktse sisse sisustamisega vaid kaudne tähendus. Seda enam, et pärast värskemad Saksamaa konstitutsioonikohtu praktikat näikse ka monistliku teooria tugevaimad kriitikud olevat alla andnud, mainides, et varasema „BGH praktika piinlikema dogmaatilise valesisukoha” kriitika 40 aastat pärast teooriale aluse pannud kohtuotsust on juba ainuüksi varaliste huvide järgimiskohustuse murdmise õrna suhet määratletus-põhimõttega arvestades vastutustundetu.<sup>331</sup>

Nagu eespool märgitud, puudub antud küsimuses seni kindlat seisukoha võttev Eesti kohtupraktika: kriminaalkolleegium on küll sõnanud, et usalduse murdmise koosseis on olemuselt laiem kui ärakasutamiskoosseis, ent ajaliselt viimases nendest koosseisude lühikirjeldust esitades rangelt hoidunud mainimast varaliste huvide järgimise kohustust usalduse murdmise koosseisu ärakasutamiskoosseisu koosseisuelemendina.<sup>332</sup> Käesoleva töö autor ei ole leidnud ka nimetatud dogmaatilisse küsimusse süüvinud madalama astme kohtupraktikat.<sup>333</sup> Teoriavaidlusesse laskumata tuleb siiski rõhutada, et KarS § 217<sup>2</sup> edasisse rakendamispraktika ja ka käesoleva analüüsi tegemise seisukohalt on teatav seisukohavõtt KarS § 217<sup>2</sup> alamkoosseisude raames vajalik. Probleem seisneb selles, et eelviidatud ja seni ainuke RKKK juhis mainib vaid (ja seda pigem *obiter dictum*’i korras), et olemuselt on usalduse murdmise koosseis laiem. Puudub juhis, kas „olemuselt laiem” toob seega kaasa ka koosseisude tõlgendamise eri- ja üldkoosseisu suhtes olevana, teiseks, kas see omakorda tähendab, et lisaks teise isiku vara käsutamise või kohustuse võtmise õigusele peab isikul olema ka varaliste huvide järgimise kohustus. Kolmandaks, kui vastus mõlemale küsimusele on jaatav, siis kas mõlema koosseisu puhul tuleb varaliste

---

<sup>330</sup> B. v. Heintschel-Heinegg. München 2010, § 266 änr 31. H-J. Rudolphi ua (Hrsg). Köln, 2012, § 266 änr 12.

<sup>331</sup> H-W. Laufhütte. R. Rissing-van Saan. K. Tiedemann (Hrsg.). Berlin, 2012, § 266 änr 13. Lauses toodud tsitaadile varasemast Leipziger Kommentari väljaandest viitav W. Kargl vaidluse hetkeseisust ülevaadet andes. – W. Kargl. – ZStW 2001, lk 567. Vt käesoleva töö ptk 2.1.2.4.

<sup>332</sup> RKKKo 3-1-1-4-08, p 26. RKKKo 3-1-1-100-09 p 30.

<sup>333</sup> Ainukese juhisenä HMK otsusega juhatuse liige mõistetud süüdi ärakasutamiskoosseisu alusel, ent kohus on lisaks analüüsinud ka seda, kas juhatuse liige on ühingu poolt alusetute arvete tasumisega rikkunud ka usalduse murdmise koosseisu. Otsuse põhjendustest ei ole võimalik aru saada, kumma alamkoosseisu alusel isik lõplikult süüdi on mõistetud. – Harju MK 03.03.2011. a otsus kriminaalasjas 1-06-15601 üldmenetluses, lk 103–104. Tartu MK Jõgeva kohtumaja on küll jaatanud isiku vara käsutamise õigust omanud raamatupidaja poolt varaliste huvide kohustuse rikkumist, ent samas mõistnud isiku süüdi usalduse murdmise koosseisu alusel. TMK Jõgeva kohtumaja 28.11.2007.a otsus kriminaalasjas 1-06-7509 kokkuleppemenetluses.

huvide järgimise kohustusele anda identne sisu (modifitseeritud dualistliku teooria eelviidatud põhiväide).<sup>334</sup> Märkida tasub vaid seda, et StGB § 266 puudutavas õiguskirjanduses on jõutud seisukohale, et iseenesest pelk sedastus kohtupraktikas, et üks koosseis on laiem kui teine, ei ole veel varem viidatud teisele ja kolmandale küsimusele jaatava vastuse andmiseks piisav. Seda enam, et erinevalt StGB § 266 sõnastusest ei ole seadusandja KarS § 217<sup>2</sup> sõnastuses koosseisu väga otseselt sidunud: pigem on „või” kasutamine kahe alamkoosseisu sõnastuse eristamisel viide dualistlikule käsitlusele.<sup>335</sup>

Varaliste huvide järgimise kohustuse ja ärakasutamiskoosseisu omavaheline suhestumine on seega edasise kohtupraktika sisustada. Nagu varem viidatud, ei tehta siinses töös ammendavat katset – arvestades ükskõik kumma lähenemise diametraalseid tulemusi ärakasutamiskoosseisu ebaõigussisu osas – antud küsimust lõplikult lahendada. Küll on kohane seonduvalt ptk-s 2.1 esitatud ülevaatega varaliste huvide järgimise kohustuse võimalikust tsiviilõigusaktessoorsusest rõhutada, et kui mõistele *varaliste huvide järgimise kohustus* anda võimalikult rangelt tsiviilõigusaktessoorne sisu – seda sisustada eranditult VÕS § 2 lg 2 mõistesüsteemi kasutades ja vältida lisakriteeriumite väljatöötamist –, kaob eelmainitud „diametraalne” mõju ja peaaegu mingit erinevat vahet monistlikul või dualistlikul lähenemisel ei ole. Ärakasutamiskoosseisu sisuks on teise isiku vara käsutamise või kohustuste võtmise õigus ehk siis esindusõigus, mis annab välissuhtes õiguse teise isiku vara käsutada ja on omakorda alati piiritletud sisesuhtest tulenevate piiridega. Nii on prokuristi (ÄS § 16) tegevuse aluseks mingi sisesuhtest tulenev käsundilaadne suhe äriühingu esindamiseks, sama kehtib ka äriühingut teatud küsimustes esindama volitatud raamatupidaja suhtes tegevuse aluseks olevate nõuete suhtes. Raske on ette kujutada olukorda, kus isikul on õigus teise isiku vara käsutada, ent tal puuduvad igasugused kohustused (eelkõige minimaalne lojaalsuskohustus) nimetatud õiguse täitmisel: kus isikul on õigus küll teise isiku vara välissuhtes käsutada, ent isikul puuduvad igasugused kohustused sisesuhtes vara omaniku suhtes mingil viisil hoolsalt käituda.<sup>336</sup>

Seega eelneva põhjal – kui sisustada *varaliste huvide järgimise kohustus* rangelt tsiviilõigusaktessoorselt ja võttes arvesse ka RKKKo 3-1-1-4-08 ning 3-1-1-100-09 selget, ent samas ebapiisavat seisukohta – tuleb ilmselt jaatada, et ka ärakasutamiskoosseisu puhul peab isikul olema varaliste huvide

---

<sup>334</sup> Mõlema koosseisu puhul peab küll varaliste huvide kohustust küll rikkuma, ent selle sisu on ärakasutamiskoosseisu puhul kitsam, st piisab vaid sellest kui jaatada, et isikul on teise isiku vara käsutamise või kohustuste võtmise õigus. U. Kindhauser. U. Neumann, H.-U. Paeffgen Baden-Baden, 2010, § 266 änr 20.

<sup>335</sup> Monistliku teooria toetajate peamine argument on § 266 enda sõnakasutus, st lauseosa „kelle varaliste huvide järgimise kohustusi ta pidi järgima” on koosseisualternatiivide lõpus. – R. Hefendehl. O. Hohmann (Hrsg.). München, 2006, § 266 änr 21. Seisukoha kriitika – W. Kargl. – ZStW 2001, lk 569–571.

<sup>336</sup> Lojaalsuskohustus on tavaliselt esindatava ja esindaja vahelise sisesuhte keskne kohustus. – M. Käerdi. Sise- ja välissuhte eristamine esindusõiguse teostamisel. – Juridica 2010, 7, lk 521.

järgimiskohustus KarS § 217<sup>2</sup> II teoalternatiivi kohaselt ehk usalduse murdmise koosseisu järgi.

### 2.2.2. Mõiste kohustus ärakasutamiskoosseisu koosseisuelemendina

Ärakasutamiskoosseisu objektiivne koosseis seisneb seadusest või tehingust tuleneva teise isiku vara käsutamise või kohustuste võtmise õiguse ebaseaduslikus ärakasutamises, kui sellega on põhjustatud suur varalise kahju ja puudub KarS §-s 201 (omastamine) nimetatud süüteo koosseis. Kui lähtuda monistlikust teooriast peaks eelnimetatud kirjelduses lisaks teise isiku vara käsutamise õigusele ja kohustuste võtmisele isikul olema ka varaliste huvide järgimise kohustus, mida isik ebaseaduslikult ära kasutab. RKKKo 3-1-1-4-08 ja 3-1-1-100-09 antud üldsuuniste kohaselt on „*Koosseisu selle alternatiivi aluseks /.../ kannatanu ja teo toimepanija vahel seaduse (näiteks ametisse nimetamine, eestkoste seadmine) või tehingu (näiteks tööleping või käsundusleping) alusel tekkinud tsiviilõiguslik või avalik-õiguslik suhe, mis õigustab teo toimepanijat omakorda alternatiivselt kas mingit kannatanule kuuluvat vara käsutama või kohustusi võtma. Koosseisupärane tegu on esmajoones sisesuhte tingimusi rikkuva tehingu sõlmimine.*”<sup>337</sup> Teise isiku vara käsutamise või kohustuste võtmise õigust on kohane tähistada kui koosseisuelement ärakasutamisseisund.<sup>338</sup> Koosseisupärane tegu saab seisneda tehingu tegemises, millega seonduvat käsitleb käesoleva töö ptk 3.

Alamkoosseisu sõnakasutuse järgi seisneb selle ebaõigussisu sisesuhtes lubatu ületamises välissuhtes võimaldatu kaudu. Olgugi et seadus teeb vahet justkui kahel ärakasutamiskoosseisul: kohustamis- ja käsutusärakasutamine (ehk teise isiku kohustamise õigus ja vara käsutamise õigus), tuleb nimetatud ärakasutamisseisundi liike käsitada koos. Õigus vara käsutamiseks võib tulla kas seadusest või tehingust, kusjuures on võimalik, et vastav õigus tuleb ühel ja samal ajal mõlemast.<sup>339</sup> Oluline on see, et vastav õigus oleks isikul teo toimepanemise hetkel.<sup>340</sup>

Alamkoosseisu süstemaatikat silmas pidades peaks mõisteosa *teise isiku vara* ärakasutamiskoosseisus sisustama täies ulatuses tsiviilõiguse järgi: vara käsutamine on võimalik kehtivate tsiviilõiguslike tehingute alusel, mistõttu ei saa käesoleval juhul lähtuda mingist majanduslikust vaatepildist või eelnevalt põgusalt käsitlust leidnud U. Nellese käsitlusest võõrast varast kui teise isiku

<sup>337</sup> RKKKo 3-1-1-4-08, p 25. 3-1-1-100-09, p 30.

<sup>338</sup> Varasemalt on käesoleva töö autor kasutanud ka mõistet usaldusseisund, mis ei ole õige. Usaldusseisund on paremini sobitav usalduse murdmise koosseisuga. Vt M. Kairjak. Krediidiasutuste tegevusega seotud süüteod. – Juridica 2008, 5, lk 302.

<sup>339</sup> B. v. Heintschel-Heinegg. München 2010, § 266 änr 6–8.

<sup>340</sup> H.-J. Rudolphi ua (Hrsg). Köln, 2012, § 266 änr 74.

majanduslikest eesmärkidest tuletatavast kriteeriumist.<sup>341</sup> Võõras pole seega vara, mis on toimepanija isiku ainuomandis, küll on ärakasutamisseisund äriühingu suhtes selle ainuosanikust või -aktsionärist juhatuse liikmel.<sup>342</sup> Seega, kui usalduse murdmise koosseisu puhul võis olla alust väita, et see põhineb karistusõiguslikul varamõistel, on ärakasutamiskoosseisu puhul selle sõnastuse loogikast tulenevalt nii mõiste *võõras* kui ka *vara* täies ulatuses tsiviilõigusaktssessoorsed.<sup>343</sup>

Seadusest tuleneva ärakasutamisseisundi puhul ei ole iseenesest erilisi tõlgendusraskusi – õiguskirjanduses on rõhutatud pea ainukese kriteeriumina, et seadusest tuleneva õiguse puhul peab see vastavast seaduse sättest otse välja tulema.<sup>344</sup> Küll aga on mõnevõrra rohkem probleeme tehingust tuleneva ärakasutamisseisundi puhul, sh ka selle mõiste tsiviilõigusaktssessoorsusega seoses.

Tehinguga isikule antud õigus võib tuleneda peaaegu igasugusest tehingust, mis annab isikule õiguse teise isiku vara käsutada ehk siis esindusõiguse.<sup>345</sup> Ühtne seisukoht paistab olevat selles, et vastav õigus peab tulenema kehtivast õigussuhtest: isikul peab olema õiguslik seisund, millega ta saab teise isiku vara käsutada, puhas faktiline võim võõra vara üle ei ole piisav. Seega peab toimepanijal olema kehtival alusel seatud õigus võõraste varaliste õiguste käsutamiseks läbi ülekandmise, muutmise või koormamise (käsutusärakasutamine) või siis teist isikut kohustada (kohustusärakasutamine). Tegemist on erilise isikutunnusega KarS § 24 lg 1 tähenduses,<sup>346</sup> mistõttu jääb alamkoosseisu alt välja nt faktilise ühingujuhi tegevus.

Eelnev käsitlus ja koosseisu sõnastus, mille kohaselt võib ärakasutamisseisund tuleneda tehingust või seadusest, tekitab probleemi, kas koosseis hõlmab esindusõiguse TsÜS § 115 lg-test 1 ja 2 tuleneva taluvus- ning näivusvolituse alusel või heausksest omandamisest tuleneva õigusega teise isiku vara käsutada. Nagu eespool märgitud, peab üldise seisukoha kohaselt usaldusseisundi aluseks olema kehtivast õigussuhtest tulenev esindusõigus, mistõttu pelk tegelik juurdepääs varale ei ole piisav – segamine, ühendamine ja ümbertöötamine kui selline ei ole käsitatav käsutusena koosseisualternatiivi mõttes.<sup>347</sup> Teise isiku

---

<sup>341</sup> A. Schönke. H. Schröder. München, 2010, § 266 änr 6. H. Satzger. B. Schmitt. G. Widmaier (Hrsg.). Köln, 2009, § 266 änr 19. T. Fischer (Hrsg.). München, 2012, § 266 änr 11. Kriit.: U. Nelles. Berlin, 1991. H-W. Laufhütte. R. Rissing-van Saan. K. Tiedemann (Hrsg.). Berlin, 2012, § 266 änr 30.

<sup>342</sup> H. Satzger. B. Schmitt. G. Widmaier (Hrsg.). Köln, 2009, § 266 änr 19. Õiguskirjanduses on *võõra* mõistet veelgi abstraheritud, märkides, et ärakasutamiskoosseisu puhul on vara *võõras*, kui mingil kolmandal isikul on veel õigusi antud eseme suhtes peale toimepanija. H-J. Rudolphi ua (Hrsg.). Köln, 2012, § 266 änr 82.

<sup>343</sup> K-H. Labsch. – Jura 1987, lk 347.

<sup>344</sup> T. Fischer (Hrsg.). München, 2012, § 266 änr 15.

<sup>345</sup> U. Kindhauser. U. Neumann, H-U. Paeffgen. Baden-Baden, 2010, § 266 änr 85.

<sup>346</sup> B. v. Heintschel-Heinegg. München 2010, § 266 änr 7.

<sup>347</sup> H. Satzger. B. Schmitt. G. Widmaier (Hrsg.). Köln, 2009, § 266 änr 20.

vara käsutamise õigus peaks olema teisest isikust tuletatav,<sup>348</sup> seega ei ole näivus- ega taluvusvolitus koosseisu usaldusseisundi jaatamise seisukohalt piisav, kuna viimaste eesmärk on vaid õigusnäivuse kaitse.<sup>349</sup> Näivus- ja taluvusvolituse puhul kasutab isik mitte reaalselt eksisteerivat, vaid pelgalt õigusnäivusest tuletatavat esindusõigust, ja ei saa seega olla „õigus” ärakasutamise koosseisu tähenduses. Järelikult on näivus- või taluvusvolituse alusel tegutseva isiku rikkumine käsitatav usalduse murdmise koosseisu võimaliku realiseerimisena.<sup>350</sup>

Eelneva seisukoha kriitika kohaselt võiks olla arusaam, et usalduse kuritarvitamise eesmärk on kaitsta isikuid ka sellistes olukordades, kus tegelikkuses pole isik vastavat tahteavaldust avaldanud. Iseenesest teatud olukorras on lahendus olemas – nt kui volitus kehtib sisesuhtes lõppemisele vaatamata välisuhtes endiselt (esindatav on surnud). Küsitav on see aga pelgalt õigusnäivuse pinnalt tekkivate esindusõigussuhete puhul. Samas näiliku tehingu alusel teise isiku vara pantimisõiguse saanud isik, kes kolmanda isiku suhtes kehtivalt, tulenevalt heausksest omandamisest, nüüd hüpoteegiga koormatud kinnistu üüritulu pandib, peaks olema koosseisu kaitseala poolt iseenesest hõlmatud. On võimalik, et seadusandja seadiski näiteks Saksa StGB § 266 puhul eesmärgiks siiski teatava eemaldumise tsiviilõigusaktessoorsusest.<sup>351</sup> Selline käsitlus on küsitav, kuna tsiviilõigus käsitleb nimetatud kahte olukorda tavalise volitusega võrdselt, ja omistab selle siiski esindatavale. Seega on kaheldav, kas me peaksime eitama nende sobivust ärakasutamiskoosseisu puhul vaid seetõttu, et tsiviilõigusdogmaatika peab neid mingiks fiktsiooniks või õigusnäivusel põhinevaks instituudiks. Seda enam, et karistusõigusliku vaatenurga kohaselt on näiteks näivusvolitus olukord, mis saab tuleneda vaid kannatanu eelnevast sellisest tegevusest, mis paneb esindaja olukorda, kus tal on mingi vara käsutamise või kohustuse võtmise võimalus. Küll välistaks selline lähenemine olukorrad, kus õigustuse aluseks on tõesti mingi isikust sõltumatu alus (nt heauskne omandamine BGB § 932 alusel).<sup>352</sup>

RKKKo 3-1-1-4-08 ja 3-1-1-100-09 seisukoha järgi on oluline rõhutada lauseosa „tsiviilõiguslik või avalik-õiguslik suhe”. Nii näib kolleegium ka vähemalt KarS § 217<sup>2</sup> ärakasutamiskoosseisu puhul olevat omaks võtnud tsiviilõigusaktessoorse lähenemise, st ärakasutamisseisund saab eranditult tuleneda vaid tsiviilõiguslikust suhtest. Kui varaliste huvide järgimise kohustust puudu-

---

<sup>348</sup> Seda väidet kinnitab ka StGB § 266 sõnastus – „/.../ durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis”. – vt V. Krey. U. Hellmann. Strafrecht. Besonderer Teil. Bd 2. Vermögensdelikte. 15. Aufl. Stuttgart, 2008, lk 317.

<sup>349</sup> A. Schönke. H. Schröder. München, 2010, § 266 änr 4. H. Satzger. B. Schmitt. G. Widmaier (Hrsg.). Köln, 2009, § 266 änr 20.

<sup>350</sup> BGH Urt v. 29.10.1991. a – Wistra 1992, lk 66. H-J. Rudolphi ua (Hrsg.). Köln, 2012, § 266 änr 80.

<sup>351</sup> H-W. Laufhütte. R. Rissing-van Saan. K. Tiedemann (Hrsg.). Berlin, 2012, § 266 änr 37–40.

<sup>352</sup> Samas, § 266 änr 41.

tav kohtupraktika on üsna napp, siis ärakasutamiskoosseisu puudutav on juba usaldusseisundit korduvalt sisustanud, seda eelkõige eraõiguslike juriidiliste isikute rikkumistega seoses.<sup>353</sup> Kohtupraktika on peaaesjalikult keskendunud küsimusele, milline juhatuse liikme kohustuse rikkumine on käsitatav rikkumisena. Äriühingu juhatuse liikmeks olek on olemuselt käsunduslepingu-sarnane võlaõiguslik suhe äriühingu ja juhatuse liikme vahel. Seetõttu tuleb juhatuse liikme kohustuste rikkumist hinnata sellest võlasuhtest tulenevate kohustuste rikkumisena.<sup>354</sup> Juhatuse liikme käitumine, mis väljub ühingu igapäevase majandustegevuse raamest ja on samal ajal vastuolus nõukogu poolt edasiseks majandustegevuseks antud juhustega, on juba ÄS-§ 306 lg 2 esimese ja teise lause kohaselt põhjendamatu äririsk.<sup>355</sup> Juhatuse liige vastutab tema põhikirja sätestatud üldise hoolsuskohustuse (sh majanduslikult kõige otstarbekamal viisil tegutsemise kohustuse) rikkumise eest, mis kohustas juhtorgani liiget juhtima ühingut äris vajaliku hoolsusega. Juhatuse liige ei vastuta juriidilise isiku poolt laenuandjaga sõlmitud laenulepingu ja selle tagatislepingu rikkumise eest.<sup>356</sup> Juhatuse liikme poolt tagatiseta laenu andmine on käsitatav ÄS § 187 lg 1 rikkumisena.<sup>357</sup> Madalama astme kohtud on jaatanud juhatuse liikme vastutust TsÜS §-st 35 tuleneva üldise hoolsuskohustuse ja kuni 1. juulini 2009. a kehtinud TLS § 48 lg-st 3 rikkumise eest.<sup>358</sup> Küll ei ole kohane tuletada äriühingu juhtorgani liikmele kohustusi TsÜS § 108 lg-st 1 tulenevast hea usu põhimõttest, kuna viimane on konkreetsete hoolsuskohustuste alusnorm.<sup>359</sup> Kohane on siinkohal viidata, et eelnimetatud kriminaalkolleegiumi lahendites viidatakse vahetult ÄS vastavale rakenduspraktikale. Seega võib teha järelduse, et vähemalt ärakasutamisseisundi sisesuhtest tulenevatele kohustustele on kohtupraktika sisustanud nõudeid seni tsiviilõigusaktseissorselt.

Olgugi et kohtud ei ole nimetatud vaheteole väga suurt tähelepanu pööranud, on koosseisu sisustamiselt oluline eristada isikul lasuvaid kohustusi (eraõigusliku juriidilise isiku liikmele kohustused tervikuna) nendest, mille rikkumised on ärakasutamiskoosseisu raames relevantset, st rikkumised, mis on käsitatavad ebaseadusliku ärakasutamisenä. Eelnev koosseisutunnus jaguneb eeldatavasti RKKKo 3-1-14-08 ja 3-1-100-09 mõistekasutust järgides kaheks: koosseisupärane tegu tehing ja selle kohustustevastasus (KarS § 217<sup>2</sup> sõnastusest „ebaseaduslik ärakasutamine”).

---

<sup>353</sup> Vt eelkõige RKKKo 3-1-1-55-09, p 25.1.

<sup>354</sup> RKKKo 3-1-1-89-11, p 26.4.

<sup>355</sup> Samas, p 20.3.1.

<sup>356</sup> RKKKo 3-1-1-61-09, p 16. Vt ka käesoleva töö ptk 4.

<sup>357</sup> HMK 09.03.2012. a otsus kriminaalasjas 1-12-1652 kokkuleppemenetluses.

<sup>358</sup> Harju MK 21.06.2007. a otsus kriminaalasjas 1-07-795 kokkuleppemenetluses.

<sup>359</sup> Tartu MK 31.10.2008. a otsus kriminaalasjas 1-02-19 üldmenetluses.

### 2.3. Vahekokkuvõte

Varaliste huvide järgimise kohustuse mõiste on relatiivne õigusmõiste, millele otsesest vastet tsiviilõiguses ei tunne, seega on nimetatud koosseisutunnuse puhul küsimus pigem, kuidas sõnastada sätte aluspõhimõtted. Seepärast tekib küsimus, kas püüelda täieliku tsiviilõigusaktseessoorsuse poole või mitte, toetades vähemalt mingites küsimustes karistusõigusautonoomset tõlgendust. Lähtealuseks on vastus järgmistele põhiküsimustele:

- a. Mõiste *võõras varaline huvi* sisustamine. Kui jaatada karistusõigusliku varamõiste kohaldamist, on kogu varaliste huvide järgimise kohustuse mõiste sisustamise lähtealus selle karistusõigusautonoomsus. Käesolevas töös eitatakse karistusõigusliku varamõiste kohaldamist varaliste huvide järgimise kohustusele, tuginedes eelkõige KarS enda sõnastusele, mis näib tõmbavat selge joone varaliste õiguste ja huvide vahele. Vara ja varalised huvid ei ole samastatavad, mistõttu on vaikumisi karistusõigusliku varamõiste kohaldamine kaheldav.
- b. Varaliste huvide mõiste ühtib VÕS § 2 lg 2 loodud süstemaatikaga, mille kohaselt võib kohustus seineda ka pelgalt teise isiku huvide järgimise kohustuses. Varaliste huvide järgimise kohustus on üks nimetatud VÕS § 2 lg-s 2 mainitud kohustustest.
- c. Varaliste huvide järgimise kohustuse täieliku tsiviilõigusaktseessoorsuse eitamine (isegi osaline tsiviilõigusaktseessoorsus) loob ohu nn paralleel-tsiviilõiguse tekkeks, kus KarS § 217<sup>2</sup> tõlgenduspraktika peab kindlaks määrama kohustusele esitatavad nõuded. Sellise tõlgendamisvajaduse teke võib kaasa tuua Saksa StGB § 266 tõlgenduspraktikas tekkinud probleemid, õigemini igasuguse sisulise selguse puudumise koosseisutunnuse sisustamisel.

Eelnevate argumentide alusel on käesolevas töös asutud seisukohale, et varaliste huvide järgimise kohustuse puhul tuleb toetada ranget tsiviilõigusaktseessoorsust. Olukorras, kus koosseisutunnus sobitub VÕS § 2 lg 2 loodud süstemaatikasse, on kohane nimetatud koosseisutunnust sisustada kui tsiviilõiguslikku kohustust teise isiku huve järgida, käsitledes seda kui ühte VÕS § 2 lg 2 poolt hõlmatud tsiviilõiguslikku kohustust.

Eelnevad kaalutlused puudutavad vaid mõiste *kohustus* sisustamist usalduse murdmise koosseisus. Ärakasutamiskoosseisu puhul on koosseisu süstemaatikast tulenevalt – esindaja rikub sisesuhtest tulenevat kohustust – tegemist täies ulatuses tsiviilõigusaktseessoorse mõistega. Antud järelduse peamine alus seisnebki ärakasutamiskoosseisu enda sõnastuses: see on suunatud teise isiku vara käsutamise või kohustuste võtmise õiguse ärakasutamisele, st ära kasutatakse õigust teha teise isiku suhtes mingeid õigustmuutvaid tegusid.

### 3. Mõiste tehing KarS § 217<sup>2</sup> lg 1 ärakasutamiskoosseisus

#### 3.1. Toimepanija ja kannatanu vahelise sise- ning välissuhte eristamine

Teise isiku vara käsutamise õiguse või kohustuste võtmise õiguse ärakasutamine seisneb vastava ärakasutamisseisundi aluseks oleva õiguse rikkumises. Nagu eespool märgitud, on teise isiku vara käsutamise õiguse aluseks isikule antud esindusõigus ehk õigus teise isiku nimel tema suhtes siduvaid tehinguid teha.<sup>360</sup> TsÜS § 115 lg 1 kohaselt tulenevad esindaja poolt tehtud tehingu tagajärjed esindatavale mitte esindajale.<sup>361</sup> Vastav esindusõigus võib tuleneda kas seadusest, tehingust või siis mõlemast samal ajal (nt juhatuse liikmete puhul).

Esindusõiguse puhul eristatakse esindaja ja esindatava vahelist sise- ning välissuhet. Vahetegu tuleneb TsÜS § 115 lg-st 3, mille kohaselt ei reguleeri TsÜS esindusõigust puudutav peatükk esindamise aluseks olevast õigussuhtest tulenevaid õigusi ja kohustusi.<sup>362</sup> TsÜS 8. ptk reguleerib õigusi ja kohustusi välissuhtes esindatava ning kolmanda isiku (tehingu vastaspoole) vahel e välissuhet. Välissuhte sisuks on esindusõiguse sisu ja ulatus ehk milliste tehingute tegemisel saab esindaja esindatava nimel tehinguid teha – välissuhe määrab mida esindatav teha võib.<sup>363</sup> Kui tehing on tehtud välissuhte raames, on esindatava poolt esindaja nimel kolmanda isikuga tehtud tehing kolmandale isikule ja esindatavale siduv. Kui eelnimetatud eeldused ei ole täidetud, on esindatava poolt esindusõiguseta sõlmitud kahepoolne tehing TsÜS § 130 alusel kehtetu.

Sisesuhe kui esindamise aluseks olev suhe on esindatava ja esindaja vaheline õigussuhe, millest tulenevate kohustuste täitmiseks või õiguste teostamiseks esindaja esindatava jaoks ja nimel tegutseb. Selle sisuks on tingimused, milliseid tehinguid esindaja esindatava nimel teha võib, või muud tingimused. Kokkuvõttes määrab sisesuhe, kuidas esindatav esindusõigust kasutada tohib.<sup>364</sup> Sisesuhte aluseks on tavaliselt esindaja ja esindatava vaheline teenuse osutamise leping. Üldjuhul vastab nimetatud tehing käsunduslepingu tunnustele, õigus teha tehinguid võib lepingu raames olla kindlaks määratud esindaja põhi- või kõrvalkohustusena.<sup>365</sup>

Sise- ja välissuhe on teineteisest käibekaitse eesmärke arvestades sõltumatud, sisesuhte rikkumine välissuhet tavaliselt ei mõjuta: esindaja poolt

---

<sup>360</sup> Vt käesoleva töö p 2.2.2.

<sup>361</sup> RKTko 3-2-1-42-10, p 30.

<sup>362</sup> Vt võrdlevalt teiste riikide õigusega. M. Käerdi. – *Juridica* 2010, 7, lk 517–522.

<sup>363</sup> K. Larenz. M. Wolf. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. 8. Aufl. München, 1997, lk 894.

<sup>364</sup> M. Käerdi. – *Juridica* 2010, 7, lk 518. Vt ka võrdlevalt K. Larenz. M. Wolf. München, 1997, lk 894.

<sup>365</sup> P. Varul jt (koost.). *TsÜS komm vln*. Tallinn, 2010, § 115 komm 3.4.2.

sisesuhet rikkudes tehtud tehing on üldjuhul, sisesuhtest tulenevate kohustuste rikkumisele vaatamata, kehtiv, H. Köhleri poolt kokku võetuna, Saksa õiguse näitel: sellisel juhul kehtib üldine põhimõte, mille kohaselt peab esindatav kandma kohustustevastaselt käituvat esindaja riski.<sup>366</sup> Sisesuhtes eksisteerivad piirangud võivad muutuda osaks välisest suhtest ja piirata esindusõiguse ulatust eelkõige juhul, kui nendele on esindusõiguse andmisel sõnaselgelt viidatud – kas see on kajastatud konkreetse volikirjas või muus esindusõigust tõendavas dokumendis. Abstraktsed viited esindusõiguse alusele ei ole piisavad.<sup>367</sup>

Eelneva valguses on ka ärakasutamiskoosseisu sisustav kohtupraktika probleemilt rõhutanud, et ärakasutamiskoosseisu puhul seisneb rikkumine selles kui esindaja teeb oma esindusõiguse (TsÜS § 117) raames esindatava vara käsutamisele või esindatavale kohustuse võtmisele suunatud tehingu, mis rikub esindaja ja esindatava sisesuhtest tulenevaid tingimusi.<sup>368</sup> Olukorras, kus esindaja ja esindatava sisesuhe rajaneb käsunduslepingul (sh ka töövõtu- või töölepingul), tuleb esindaja kohustuste määratlemisel arvestada esmajoones VÕS §-s 620 sätestatud käsundisaaja hoolsus- ja lojaalsuskohustust. Kohtupraktika on selgelt eristanud ka sise- ja välissuhet ning nende omavahelist sõltumatust: pelk esindusõiguse olemasolu esindajal ei määra seda, kas esindusõiguse raames tehtud tehing on kooskõlas esindaja ja esindatava sisesuhtest tulenevate nõuetega või mitte.<sup>369</sup>

Esindusõigusega tehtud ühe- ja mitmepoolne tehing on tühine (TsÜS §-d 129 ja 130). Erandina põhimõttele eristada sise- ja välissuhet on olukorras, kus tehingu vastaspool teab sisesuhte rikkumisest, esindatava tehing TsÜS § 131 kohaselt võimalik tühistada: esindatav võib tühistada esindaja tehtud tehingu, mille tegemisel esindaja rikkus esindamise aluseks olevast õigussuhtest tulenevaid kohustusi, ja tegi tehingu, mis oli vastuolus esindatava huvidega, kui teine pool kohustuste rikkumisest teadis või pidi teadma. Kui esindaja tegutses ühtlasi teise poole esindajana või kui esindaja tegi tehingu iseendaga, eeldatakse, et esindaja rikkus tehingu tegemisel kohustusi, mis tulenevad esindamise aluseks olevast õigussuhtest. Eelnev tühistamisõigus põhineb n-õ esindusõiguse kuritarvitamise (sks *Missbrauch der Vertretungsmacht*) põhimõttel.<sup>370</sup> Tuleb samas silmas pidada, et erinevalt nimetatud põhimõtte kehtestamisel eeskujuks olnud Saksa BGB-st, mis näeb sellisel juhul ette tehingu tühisuse,<sup>371</sup> on Eesti seadusandja otsustanud eristada tehingu tegemist esindusõigusega kui tühisuse alust ja sisesuhtest tulenevat rikkumist, mille puhul on esindataval õigus tehing tühistada. Kui esindatav tehingu kuue kuu jooksul tühistab, on see algusest peale kehtetu (TsÜS § 90).

<sup>366</sup> H. Köhler. BGB Allgemeiner Teil. 35. Aufl. München, 2011, lk 177–178.

<sup>367</sup> M. Käerdi. – *Juridica* 2010, 7, lk 519.

<sup>368</sup> RKKKo 3-1-1-4-08, p 25.

<sup>369</sup> RKKKo 3-1-1-55-09, p 25.1., 27.1

<sup>370</sup> M. Käerdi – *Juridica* 2010, 7, lk 519.

<sup>371</sup> K. Larenz. M. Wolf. München, 1997, lk 896.

### 3.2. Koosseisupärane tegu – ärakasutamisseisundi ärakasutamine tehinguga

Ärakasutamiskoosseisu puhul rikub koosseisupärase teo toimepanija talle antud õigust teise isiku vara käsutada (iseenesest on ka kohustuste võtmine vara koosseisu muutmine), tegemist on n-õ lubatu ületamisega võimaldatu piires. Kriminaalkolleegiumi ajalisel esimeses lahendis koosseisu sisustamisel, mida eespool viidati, on *obiter dictum*'i korras ka usalduse kuritarvitamise koosseisu puudutades märgitud, et ärakasutamiskoosseisu koosseisutegu on ärakasutamisseisundist tulenevaid kohustusi rikkuv tehing.<sup>372</sup> Eelnev seisukoht on igati loogiline järgmise arutluskäigu pinnalt, mis lähtub mõiste sisustamisel ärakasutamisseisundi sisust: koosseisu sisu on teise isiku vara käsutamise õiguse ebaseaduslik ärakasutamine. Teise isiku vara saab teise isiku nimel kehtivalt käsutada selle isiku esindaja, seega saab koosseisu realiseerida esindajapoolse sisesuhte rikkumise ehk kehtivalt teise isiku vara käsutamisega.

Esitatud mõttekäik vastab Saksa StGB § 266 puudutavas kirjanduses toodule: erinevalt usalduse murdmise koosseisust on ärakasutamiskoosseisu puhul koosseisuteona vaja spetsiifilist tegu ehk tehingut. Ühes sellega on Saksa StGB § 266 kohtupraktika probleemitult üle võtnud mõiste *ärakasutamine* sisustamise kui *tehing*, olgugi, et mõiste ise (ega ka StGB § 266 sks k mõiste „*Missbrauch*”) kui selline mõistele *tehing* otse ei viita. Kui mõistet tõlgendada ärakasutamisseisundi kaudu, peaks tegelikkuses „ärakasutamise” asemel teo kirjelduses olema toodud mõisted *käsutus* või *kohustamine*, st tegemist on tegudega, millega „teise isiku vara käsutamise õigust või varaliste kohustuste võtmise õigust, saab ebaseaduslikult „ära kasutada”.<sup>374</sup> Nii nagu ei tunne tsiviilõigus näiteks KarS § 217<sup>2</sup> usalduse murdmise koosseisus sisalduvat mõistet varaliste huvide järgmise kohustus, ei tunne mõistetavalt tsiviilõigus ka mõistet ärakasutamine.<sup>375</sup> Eelnevale vaatamata puudub iseenesest vaidlus selles, et ärakasutamine kui selline viitab tehingule – ärakasutamisseisundi ärakasutamine on võimalik tehinguga. Nagu märgitud, on RKKK juba varajastes KarS § 217<sup>2</sup> ärakasutamiskoosseisu puudutanud lahendites võtnud seisukoha, et sisu poolest on ärakasutamise koosseisu puhul koosseisuteoks tehingu tegemine.<sup>376</sup>

TsÜS § 67 lg-st 1 tulenevalt on tehing toiming või omavahel seotud toimingu kogum, milles sisaldub kindla õigusliku tagajärje kaasatoomisele suunatud tahteavaldus. Jättes kõrvale tsiviilõigusliku tehingumõiste täpse sisu,<sup>377</sup> on ilmne, et tehing kui selline eeldab kahte kokkulangevat toimingut ehk tegevust. Eelnevale vaatamata on vahemärkusena kohane esile tuua, et ärakasutamiskoosseisu on võimalik realiseerida ka tegevusetusega. Nimelt peab sellisel juhul

<sup>372</sup> RKKKo 3-1-1-4-08, p 25–26.

<sup>374</sup> K.-H. Labsch. – Jura 1987, lk 413.

<sup>375</sup> Vt selle kohta – M. Kairjak.– Juridica 2010, 1, lk 34.

<sup>376</sup> RKKKo 3-1-1-4-08, p 25. Vt ka M. Kairjak.– Juridica 2008, 5, lk 304.

<sup>377</sup> Vt käesoleva töö ptk 3.3.2.

isiku tegevusetus seisnema tahteavalduses TsÜS § 68 lg 4 tähenduses: vaikumist või tegevusetust loetakse tahteavalduseks, kui vaikimise või tegevusetuse lugemine tahteavalduseks tuleneb seadusest, isikute kokkuleppes või nendevahelisest praktikast. Tahteavaldus peab olema tehtud tehingu tegemise käigus (jättes kõrvale küsimuse, kas tehing ise on kehtiv või mitte), pelgast tegevusetusest, millega näiteks jäetakse esitamata nõue (ja see aegub) või täitmata lepingust tulenev kohustus, ärakasutamiskoosseisu realiseerimiseks ei piisa.<sup>378</sup> eelnevale vaatama, on iseenesest ärakasutamiskoosseisu realiseerimine tegevusetusega võimalik.<sup>379</sup>

Tehingule esitatavate nõuete kohta on senisest Riigikohtu praktikast teed-rajavaim 28.12.2009. a otsus kriminaalasjas 3-1-1-100-09. Otsuses toodud asjaolude kohaselt oli äriühingu juhatuse liikmele esitatud süüdistus ühingu arveldusarvelt väljamaksete tegemises, kasutades enamjaolt selleks maksete saajatega sõlmitud töövõtulepinguid kui maksete tegemise aluseid. Vastavate lepingute alusel tegelikkuses mingeid teenuseid ei osutatud. Kriminaalkolleegiumi põhjenduste peamine osa keskendus küsimusele KarS § 217<sup>2</sup> lg 1 ja § 201 lg 1 vahel vahetegemisest – kolleegiumi hinnangul „/.../ juhul, kui näiliku lepingu alusel tehtav sooritus on ühepoolne ja selle eesmärk pole pooltele siduvate kohustuste tekitamine, vaid pelgalt ebaseaduslikuks varakasutuseks näiliku õigusliku aluse loomine, võib olla tegemist vara pööramisega kolmanda isiku kasuks KarS § 201 tähenduses.”<sup>380</sup>

Lisaks kordas kolleegium otsuse p-des 30.1 ja 30.2 suuresti eelnevalt korduvalt käesolevas töös viidatud RKKKo 3-1-1-4-08 p-s 25 esitatut, mille kohaselt on „Ärakasutamiskoosseisu aluseks /.../ kannatanu ja teo toimepanija vahel seaduse või tehingu alusel tekkinud tsiviilõiguslik või avalik-õiguslik suhe, mis õigustab teo toimepanijat alternatiivselt kas mingit kannatanule kuuluvat vara käsutama või kohustusi võtma. Seejuures on koosseisupäraseks teoks eeskätt sisesuhte tingimusi rikkuva tehingu sõlmimine”.<sup>381</sup> Vaatamata eelnevalt sedastatule – koosseisupäraseks teoks on eeskätt sisesuhte tingimusi rikkuva tehingu tegemine – on otsuse p-s 31 kriminaalkolleegium suuresti *obiter dictum*’i korras rõhutanud aga järgmist:

---

<sup>378</sup> H. Satzger. B. Schmidt. G. Widmaier. Köln, 2009, § 266 änr 22.

<sup>379</sup> Vt diskussiooni osas: W. Joecks. K. Miebach (Hrsg.). München, 2006, § 266 änr 123–128. StGB (ja seega Eesti õigusesse ületooduna KarS § 13) kohaldatavast on eitatud, kuna tegevusetusega (kui see ei ole käsitletav tahteavaldusena), ei ole võimalik kaasa tuua KarS § 217<sup>2</sup> koosseisulist tagajärge, vt G.-F. Güntge. Untreueverhalten durch Unterlassung. – Wistra 1996, 3, lk 88. Lisaks ei saa nt mingi tehingu esindatava nimel sõlmimata jätmist käsitleda esindusõiguse kasutamise, mis olemuslikult on ärakasutamiskoosseisust tuleneva etteheite sisu. H.-W. Laufhütte. R. Rissing-van Saan. K. Tiedemann (Hrsg.). Berlin, 2012, § 266 änr 53–55.

<sup>380</sup> RKKKo 3-1-1-100-09, p 29.

<sup>381</sup> Samas, p 30.1.

*„Kriminaalkolleegium leiab, et süüdlase käitumise kvalifitseerimisel ära- kasutamisenä KarS § 217<sup>2</sup> lg 1 järgi ei sõltu teo koosseisupärast sellest, kas varakäsituse või kohustuste võtmise aluseks olev tehing on pooltele õiguslikult siduv või mitte, kuid tehingu näilikkus võib mõjutada koosseisus kirjeldatud kahju tuvastamist, kuna usalduse kuritarvitamine kujutab endast materiaalsel kahjustusdeliktil. Nimelt tulenes kuni 1. juulini 2002 kehtinud tsiviilseadustiku üldosa seaduse (TsÜS) § 66 lg-st 5, et tühise tehingu järgi saadu peavad pooled tagastama, selle võimatuse korral aga hüvitama saadu rahas. Analoogiline regulatsioon sisaldub ka alates 1. juulist 2002 jõustunud TsÜS § 84 lg-s 1. Seega tuleb kahju kui KarS § 217<sup>2</sup> lg 1 dispositsioonis kirjeldatud tühe objektiivse tunnuse tuvastamiseks muuhulgas selgitada, kas kannatanul on säilinud näiteks alusetust rikastumisest tuleneva nõude esitamise võimalus või on tehingute alusel üleantu tagastamine faktilisi asjaolusid arvesse võttes osutunud võimatuks. Tagajärje mittesaabumisel on aga võimalik süüdlase vastutus süüteo katse eest (KarS § 25) /.../.”<sup>382</sup>*

Kriminaalkolleegium näib olevat seadnud eesmärgiks anda suunis olukorraks, kus varakäsituse aluseks olev tehing ei too kaasa õiguslikke tagajärgi, mistõttu ei ole võimalik ka koosseisupärase tagajärje – kahju – tekkimine, ja kõne alla võib tulla vaid vastutus katse eest. Tuleb silmas pidada, et kriminaalkolleegiumi vastava seisukoha sõnastus on võimalikust tegelikust eesmärgist märkimisväärselt laiem. Sisuliselt on jaatatud seda, et koosseisu on siiski võimalik (jättes kõrvale küsimuse tagajärje saabumisest) realiseerida (kriminaalkolleegiumi üsna selge sõnakasutus „käsituse või kohustuse võtmise aluseks olev tehing”) tehinguga, mis ei ole pooltele siduv.

Kriminaalkolleegiumi suunis tekitab mitu küsimust. Esmalt, mida mõista tehingu mittesiduvuse all? Selle küsimuse on kriminaalkolleegium jätnud täpsustamata. Küll leidis kolleegiumi põhjendustes näitena mainimist tehingu näilikkus (TsÜS § 89). Lugeses antud viidet koos eelneva mittesiduvuse kriteeriumiga, tähendas õigusliku siduvuse puudumine kriminaalkolleegiumi jaoks ilmselt eelkõige tehingu tühisust, st tühisel tehingul ei ole algusest peale (tehingus kokkulepitud) õiguslikke tagajärgi.

Teiseks, on seoses viitega TsÜS §-le 89 ebaselge, kas õigusliku mittesiduvuse all pidada silmas eranditult tehingu tühisust, kehtetust või siis sellest tulenevate õiguste mittekohaldatavust. Kui jaatada, et kriminaalkolleegium pidas silmas ka kehtetust, siis kas see hõlmab ka näiteks TsÜS § 131 või siis muudel TsÜS üldalustel (pettus, eksimus jt) tühistatavaid tehinguid? Kas õigusliku mittesiduvuse all pidada silmas ka tehingust tulenevate õiguste mittekohaldamist, näiteks tehingu mittesiduvusest tulenevalt selle vastuolu hea usu põhimõttega<sup>383</sup>, või siis tehingust tulenevate nõuete aegumise tõttu (mõlemad

---

<sup>382</sup> Samas, p 31.

<sup>383</sup> Vt hea usu põhimõtet kui nõude realiseerimist välistavat vastuväidete kohta – RKTKo 3-2-1-137-10, RKTKo 3-2-1-140-07.

vastuväited võivad välistada tehingust tulenevate nõuete realiseerimise, olgugi, et nõue ise ei kao – „õiguslikku siduvust” samas võiks põhimõtteliselt eitada).

Kolmandaks, autorile arusaadavalt on kriminaalkolleegium jätnud eraldi esile toomata küsimuse, kas mittesiduv on vaid kohustus- või ka käsutustehing (võimalik on olukord, kus käsutus kui selline on nt näiliku tehingu puhul kehtiv, kohustustehing aga mitte). Kui kriminaalkolleegium oleks pidanud antud juhust andes silmas abstraktsioonipõhimõtet, siis iseenesest oleks juhust ülejäänud koosseisuga vastavuses – käsutus kui vara käsutamise õiguse realiseerimine eksisteerib. Paraku tuleb eelnimetatud otsuses toodud üldistatud järeldust, et „varakäsituse või kohustuse võtmise aluseks olev tehing on [...] siduv või mitte” pigem käsitada kui järeldust, et iseenesest saab ärakasutamiskoosseisu realiseerida tehinguga, mille puhul esineb vigade identsus – nii käsutus- kui ka kohustustehing on kehtetud. Eelnevat toetab juba ainuüksi otsuse sõnakäsitlus: oleks kolleegium eristanud kohustus- ja käsutustehingut, oleks ilmselt sellele ka viidatud. Kolleegiumi hinnangul näib seega olevat võimalik ärakasutamiskoosseisu realiseerimine ka kehtetu (või siis vähemalt tühise, vt eelmine lõik) tehingu alusel, ent sellisel juhul on võimalik vastutus katse eest, sest kehtetu tehing ei too kaasa kahju tekkimist, olgugi et selle sedastamiseks peab esmalt analüüsima kannatanu võimalikke nõudeid alusetust rikastumisest tulenevalt.<sup>384</sup> Just eelneva järelduse põhjal tundub veel kord kinnituvat kriminaalkolleegiumi seisukoht, et olemuslikult saab ärakasutamiskoosseisu realiseerida ka tehinguga, mille puhul on kehtetud nii käsutus- kui ka kohustustehing – nii tooks kehtiv käsutus endaga vähemalt käsutuse näol kaasa õiguslikud tagajärjed, sh ka tagajärje KarS § 217<sup>2</sup> tähenduses kahju näol.

### **3.3. RKKKo 3-1-1-100-09 tehingu mittesiduvuse kriteerium – karistusõigusautonoomne tehingumõiste?**

#### **3.3.1. Tehingumõiste tugevalt või piiratult tsiviilõigusaktssesoorne sisustamine**

KarS § 217<sup>2</sup> üheks eeskujuks olnud StGB § 266 puudutavas õiguskirjanduses ja kohtupraktikas on valitsevaks saanud seisukoht, et ärakasutamise koosseisu saab realiseerida vaid kehtiva tehinguga.<sup>385</sup> Ärakasutamiskoosseisu tuum on

<sup>384</sup> RKKKo 3-1-1-100-09 p 31. – RT III 2010, 3, 19.

<sup>385</sup> Vt eelkõige Saksamaa Liidukohtu 13.02.2007.a otsus, milles KOV nimel ehitustöövõtu- lepingu sõlminud isik mõisteti õigeaks, kuna tehing oli vastuolus planeerimisalaste normidega, st kehtetu vastuolu tõttu seadusega. – vt BGH, Urt v 13.02.2007 – 5 StR 400/06 (LG Potsdam) mit Anmerkung v A. Dierlamm. – Neue Zeitschrift für Strafrecht 2007, lk 579. Tehingu kehtivuse nõuet toetavalt: W. Joecks. K. Miebach (Hrsg.). München, 2006, § 266 änr 119. U. Kindhäuser. U. Neumann. H.-U. Paeffgen. Baden-Baden, 2010, § 266 änr 86. Osaliselt kriitiliselt: G. Arzt. Zur Untreue durch befügtes Handeln. – W. Frisch. W. Schmid (Hrsg.) FS Bruns. Köln ua, 1978, lk 365. H.-W. Laufhütte. R. Rissing-van Saan. K. Tiedemann (Hrsg.). Berlin, 2012, § 266 änr 47jj.

pakkuda isikutele kaitset olukorras, kus esindaja teeb küll sisesuhet rikkuva, ent väljapoole täies ulatuses kehtiva tehingu. Järelikult on alamkoosseisu eesmärk võimaldada lisakaitset olukorras, kus tsiviilõigus käsib esindaja kohustusevastast käitumist esindatava riskina, võimaldades esindataval kahju hüvitamist esindatava suhtes, ent majanduskäibe huvides ei puuduta tehingu kehtivust.<sup>386</sup> Seega on võimalik ärakasutamiskoosseisu realiseerida viisil, mille kohaselt toimepanija teeb sisesuhtest tulenevaid kohustusi rikkuva, ent välissuhtes kehtiva tehingu. Kui toimepanija ületab temale välissuhtest tulenevat õigust, st esindusõigust, ei ole tegu ärakasutamisega ja kõne alla võib tulla vaid usalduse murdmise koosseis. Ületooduna Eesti õigusesse, ÄS § 16 lg-s 2 nimetatud märketa äriregistris ei hõlma ärakasutamiskoosseis kinnisasjade käsutamist prokuristi poolt.<sup>387</sup> Järelikult kõik toimingud, mis ei ole käsitatavad tehinguna (tehingu kehtivus kui tehingu iseloomulik tunnus) – faktilised toimingud –, ei ole käsitatavad ärakasutamiskoosseisu realiseeriva teona: esindusõigusega isiku tehing<sup>388</sup>, näiliku tehingu tegemine, esindaja tehing iseendaga, heade kommete või seadusega vastuolus olev tehing.<sup>389</sup> Nii ei realiseeri ärakasutamiskoosseisu krediidiasutuse suhtes advokaat, kellel on krediidiasutusega sõlmitud kokkuleppe järgi õigus väljastada tšেকে vaid ametiülesannete täitmisega seoses, mitte aga isiklike asjade ajamiseks.<sup>390</sup> Samuti ei realiseeri koosseisu inkassoteenust osutav isik, kes nõude sissenõudmise tulemusena saadut kliendile edasi ei kannab.<sup>391</sup>

Riigikohus näib käesoleva analüüsi autori hinnangul olevat võtnud omaks Saksa StGB § 266 puudutavas kirjanduses üle poole sajandi kestnud diskussioonis selgelt vähemusarvamuse positsiooni, seda kas siis teadlikult või mitte. Nn rangelt tsiviilõigusaktssessoorse enamus- ja piiratult tsiviilõigusaktssessoorse vähemusarvamuse peamine raskuskese on küsimusel, kuidas süstemaatiliselt sisustada koosseisu sisu arvestades ebaõnnestunult ebamääraast mõistet – ärakasutamine.<sup>392</sup> Kui mõistet ärakasutamine sisustada teise isiku vara käsutamise ja kohustuste võtmise õiguse kaudu, on ilmne, et ärakasutamine saab tähendada vaid tegu, mis realselt toob ka kaasa käsutuse, „ärakasutamine” tuleks

<sup>386</sup> H. Satzger. B. Schmidt. G. Widmaier. Köln, 2009, § 266 änr 21.

<sup>387</sup> B. v. Heintschel-Heinegg. München 2010, § 266 änr 16–17. T. Park (Hrsg.). Kapitalmarktstrafrecht. Handkommentar. 2. Aufl. Baden-Baden, 2008, T1 § 266 StGB änr 12.

<sup>388</sup> Ärakasutamiskoosseisu on õiguskirjanduses sageli kirjeldatud lihtsustatud lause kaudu „rikkumine läbi võimaldatu, ent mitte lubatu” – isikule on antud võimalus esindusõiguse raames tehinguid teha, ent samas on tegemine lubatud vaid teatud tingimustel. – vt pikemalt nt W. Joecks. K. Miebach (Hrsg.). München, 2006, § 266 änr 119. BGH Urt v. 27.01.1988 – 3 StR 61/87 (LG Kiel). – Wistra 1988, 5, lk 191.

<sup>389</sup> H. Satzger. B. Schmidt. G. Widmaier. Köln, 2009, § 266 änr 21.

<sup>390</sup> Saksamaa Liidukohus vihjas, et sellisel juhul võiks tegu olla usalduse murdmise koosseisuga – s BGH Urt. v 27.01.1988 – 3 StR 61/87 (LG Kiel). – Wistra 1988, 5, lk 191.

<sup>391</sup> B. v. Heintschel-Heinegg. Strafgesetzbuch. Kommentar. Strafgesetzbuch. München 2010, § 266 änr 21, U. Kindhauser. U. Neumann, H-U. Paeffgen. Baden-Baden, 2010, § 266 änr 93. Kui vastu võetud raha pidada kliendi omandis olevaks, tuleb kõne alla omastamine. – W. Joecks. K. Miebach (Hrsg.). München, 2006, § 266 änr 122.

<sup>392</sup> H-W. Laufhütte. R. Rissing-van Saan. K. Tiedemann (Hrsg.). Berlin, 2012, § 266 änr 47.

sisustada kui „käsutamine” või „kohustamine”.<sup>394</sup> Tehingu kehtivus võimaldab isikul õigust sisuliselt teostada, ehk siis teostada seda korrapäraselt. Koosseisupärasele teole peab järgnema õiguslikult kehtiv järelem, jättes mõistagi kõrvale võimaluse, et järelemi esinemisele vaatamata ei esine kahju, st võimalik on vastutus katse eest.<sup>395</sup> Kui sisustada mõiste ärakasutamine koosseisu teise tunnuse, kahju, kaudu, ei ole iseenesest oluline, kas koosseisupäraseks teoks olev tehing kehtib või mitte – vaidlus ei saa olla selles, et nt TsÜS § 131 alusel tühistatava või siis ka esindatava poolt sõlmitud tühine tehing võib põhjustada mingi (vähemalt karistusõigusliku varamõiste järgi) kahju.<sup>396</sup> Esindataval tekkiv tõendamiskohustus tehingu tühisuse tuvastamiseks võib olla juba sisuliselt kahju või siis vähemalt viia kahjuga võrdse vara ohustamiseni.<sup>397</sup> StGB § 266 kohaldamise praktikas omaks võetud nn kahjuga võrdse vara ohustamise instituti ei ole Eesti kohtupraktika veel omaks võtnud.<sup>398</sup>

Eelnevatele süstemaatilistele argumentidele vaatamata põhineb vähemusarvamus, mida eelkõige esindavad B. Schünemann ja G. Arzt, peaaegselt pigem kriminaalpoliitilise sisuga kaalutlustel. Tehingu kehtivuse nõuet eitava seisukoha paraadnäide pärineb G. Arztilt aastast 1977: kui ärakasutamiskoosseisu saaks realiseerida vaid tsiviilõiguslikult kehtiva tehinguga, võetakas kaitse esindatavatelt, kes on andnud volituse esindajatele, kes teadlikult on esindusõigust soovinud vaid selleks, et hiljem teha tehinguid, mis rikuvad kokkuleppel tehingu vastaspoolega süstemaatiliselt sisesuhet (Saksa tsiviilõiguse kohaselt oleks nimetatud tehing tühine, TsÜS § 131 kohaselt tühistatav). Sisuliselt on sellisel juhul tegu teise isiku vara tahtliku kahjustamisega, mistõttu vaid pelk võimalus kasutada mingeid tsiviilõiguslikke õiguskaitsevahendeid – kahju hüvitamise nõue jts – on ebaõigusele vajalikku reaktsiooni silmas pidades samavõrd ebaoluline kui võimalikud tõendus küsimused rikkumisega seoses.<sup>399</sup> Puuduvad igasugused põhjendused, miks ei peaks ärakasutamiskoosseis võimaldama kaitset isikutele, kelle esindajad on sõlminud seega kas tehingu koostoides vastaspoolega või kehtetu tehingu. Tegemist on kõige ehtsamate näidetega teise isiku vara käsutamise õiguse ja kohustuste võtmise õiguse ärakasutamise kohta.<sup>400</sup> Vähemusarvamus tugineb mõningatele näidisolukordadele, kus

<sup>394</sup> U. Kindhauser. U. Neumann, H.-U. Paeffgen. Baden-Baden, 2010, § 266 änr 87. Vt käesoleva töö ptk-s 3.2.2. toodud näide K. H. Labschilt.

<sup>395</sup> W. Mitsch. Strafrecht Besonderer Teil 2. Vermögensdelikte (Kernbereich). Teilband 1. 2. Aufl. Berlin, 2003, lk 529.

<sup>396</sup> H-W. Laufhütte. R. Rissing-van Saan. K. Tiedemann (Hrsg.). Berlin, 2012, § 266 änr 47. G. Arzt. Zur Untreue durch befügtes Handeln. – W. Frisch. W. Schmid (Hrsg.) FS Bruns. Köln ua, 1978, lk 365–368, 370.

<sup>397</sup> H-W. Laufhütte. R. Rissing-van Saan. K. Tiedemann (Hrsg.). Berlin, 2012, § 266 änr 47.

<sup>398</sup> Vt ka M. Kairjak. – Juridica 2008, 5, lk 304. RKKKo 3-1-1-55-09, RKKKo 3-1-1-61-09. Vrdl W. Joecks. – Juridica 2011, 4, lk 257–270.

<sup>399</sup> G. Arzt. Köln ua, 1978, lk 365, 367. Vt kokkuvõtlikult: W. Joecks. K. Miebach (Hrsg.). München, 2006, § 266 änr 120.

<sup>400</sup> H-W. Laufhütte. R. Rissing-van Saan. K. Tiedemann (Hrsg.). Berlin, 2012, § 266 änr 47–48.

majanduskäibes ilmselgelt nõrgemal positsioonil isikute suhtes toime pandud esindusõiguse rikkumised ei vasta kelmuse, ärakasutamise- ega ka usalduse murdmise koosseisule.<sup>401</sup> Kokkuvõttes tuleks piiratud tsiviilõigusaktse soorse käsitlemise kohaselt seega kehtivuse-nõudest ärakasutamiskoosseisus loobuda, kuna see vastab tuntavalt tavakasutuses olevale kõnepruugile teise isiku vara käsutamise õiguse ärakasutamisest, võimaldab vältida ilmselgeid karistatavuslünki ja on vastavuses karistusõigusliku vara mõistega kahju sisustamisel.

Nagu märgitud, on süstemaatilistele ja kriminaalpoliitilistele viidetele vaatamata tegemist Saksa StGB § 266 tõlgenduspraktikas vähemusarvamusega ja valitsev on seisukoht, et ärakasutamiskoosseisu ebaõigussisu on kitsalt vaid sisesuhet rikkuva, ent välissuhtes igati kehtiva tehingu puhul esindatava kaitse.

Juba ainuüksi mõistekasutus „õiguslikult siduv või mitte” on piisavalt ebamäärane, et nimetatud järeldusi ilma selgema kohtupraktikata teha.<sup>402</sup> Küll aga tekitab RKKKo 3-1-1-100-09 esitatud seisukoht õigustatult küsimuse, kas nõu siduvuse eitamisega on vähemalt kriminaalkolleegium mõõnnud, et ärakasutamiskoosseisu tehingumõiste on erinev tsiviilõiguslikust tehingumõistest. Eelneva põhistamiseks on kohane esmalt püüda sisustada tsiviilõiguslikku tehingumõistet (niivõrd kui see võimalik on, vt ptk 3.3.2.). Seejärel tuleb aga mõõnda, et iseenesest ei ole karistusõigusautonoomse tehingumõiste näol midagi uut – käibe vajadusest tulenevalt on tsiviilõigusaktse soorsust tehingu mõiste sisustamisel selgelt ja otsustavalt eitatud KarS § 202 rakendamispraktikas (vt ptk 3.3.3).

---

<sup>401</sup> Ühe (Eesti õigusesse sobitatud) näitena olukord, kus piiratud teovõimega isik volitab esmalt oma onupoega teatava nõude ülekandmiseks onupojale. Tehing on kehtetu, kuna volituse andja on piiratud teovõimega. Paar kuud pärast kehtetu volituse andmist määrab kohus onupoja ühtlasi ka eestkostjaks. Eestkostja sõlmibki nõude loovutamise lepingu, mis PKS § 188 lg 1 p 11 kohaselt eeldab nõusolekut, seega on hõljuvalt kehtetu. Saksa madalama astme kohtud eitasid kelmust (nii võlausaldaja kui ka piiratud teovõimega isik pidi aru saama, et selliseid käsutusi teha ei saa). Omakorda on välistatud ärakasutamiskoosseis, kuna tehing on hõljuvalt kehtetu. Arvestades et Saksa kohtupraktika on esitanud varaliste huvide järgimise kohustusele kõrged nõudmised, on kaheldav ka usalduse murdmise koosseisu objektiivse koosseisu täitmine. – Vt näidet koos viidetega. – R. Krack. H. Radtke. Der Dreiecksbetrug oder die Fragwürdigkeit der „Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denkens”. – Juristische Schulung 1995, lk 17–20. Vt ka näidet näiliselt kahtlusi tekitavatest olukordadest, kus esindatav vastutus näikse kahjulike tehingute eest välistatud nii kelmuse kui ka usalduse kuritarvitamise alusel. – I. Sternberg-Lieben. Selbsttore eines vereinskassierers. – Juristische Arbeitsblätter 1997, lk 124–133.

<sup>402</sup> Seda enam, et eelnev viide Saksa StGB enamus- ja vähemusarvamuse argumentatsiooni puudutab üsna selgelt küsimust tehingu kehtivuse eeldusest. RKKKo 3-1-1-100-09 on kasutanud mõistet *mittesiduv*, mille sisustamine on tsiviilõiguslikult veelgi ebamäärasem, vt eelkõige ptk 3.3.2.

### 3.3.2. Siduvus ja kehtivus tsiviilõigusliku tehingumõiste puhul

Kuna eelviidatud RKKKo 3-1-1-100-09 nõ mittediduvuse kriteeriumi põhistamisel ei antud mingeid selgitusi, mida üldse pidada silmas mittediduvuse all – kas tehing võib olla kehtiv, ent mittediduv või siis on mittediduv kehtetu tehing – tekib küsimus, kas RKKK on tehingumõistele KarS § 217<sup>2</sup> ära kasutamiskoosseisus andnud karistusõigusautonoomse tõlgenduse.

TsÜS § 67 lg 1 kohaselt on tehing toiming või omavahel seotud toimingute kogum, milles sisaldub kindla õigusliku tagajärje kaasatoomisele suunatud tahteavaldus. Nimetatuga korreleerub VÕS § 8 lg 1 tulenev lepingu mõiste, mille kohaselt on leping tehing kahe või enama isiku (lepingupooled) vahel, millega lepingupool kohustub või lepingupooled kohustuvad midagi tegema või tegemata jätma.

Puudub vastav eestikeelne akadeemiline kirjandus või siis ka tehingumõiste sisustamisele keskendunud kohtupraktika, mis seaks eesmärgiks ühtse tehingumõiste andmise, veel vähem puutuvalt küsimusse tehingu kehtivuse või siduvuse kriteeriumitest. Ka TsÜS tahteavalduste regulatsiooniga sarnase sisuga BGB-d puudutavas õiguskirjanduses on sellele küsimusele üsna vähe tähelepanu pööranud. Eelnev on ka mõneti loomulik, kuna erinevalt TsÜS § 67 lg-st 1 ei sisalda nt BGB tehingu mõistet, TsÜS § 67 lg 1 eeskujudeks on PECL art 1:101. Ühtlasi on TsÜS § 67jj loogikaga sarnane regulatsioon DCFR-s (vt allpool).<sup>403</sup>

TsÜS § 67 lg 1 sisu kohaselt on tehingu puhul eristatavad kaks kriteeriumi: a) tahteavalduste kokkulangevus, b) pooltevahelise kokkuleppe suunatus õiguslike tagajärgede saavutamisele.<sup>404</sup> Üldistatult on tehing poolte privaatautonomia teostamise vahend, millega tuuakse kaasa pooltevahelises suhtes mingi õiguslik muudatus.<sup>405</sup> Privaatautonomia realiseerub lepingu sisu määramise vabaduse teostamise (sks *Gestaltungsfreiheit*) kaudu, st pooled saavad vabalt määrata, milliseid õiguslikke järelemeid tehing nende vahel kaasa toob, ja tahteavalduse kaudu muudetakse privaatautonomne tahe pooltele õiguslikult siduvaks.<sup>406</sup> Nii BGB-d kui ka TsÜS puudutavas õiguskirjanduses on järjekindlalt rõhutatud, et tehinguga loodavad pooled kaasa tuua mingi õigusmuudatuse nendevahelises suhtes. TsÜS kommenteeritud väljaandes on nimetatule pandud selge rõhuasetus, olgugi, et otsest seisukohta ei võeta, kas eelnev tähendab omakorda seda, et eelnevat kriteeriumi saab täita vaid siis kas kehtiv ja/või

<sup>403</sup> I. Kull jt. Tallinn, 2010, § 67 komm 2. Lepingu osas vt I. Kull jt. VÕS komm vln. I. Tallinn, 2006, § 8 komm 4.1. ja 4.3.

<sup>404</sup> Nii on BGB-d puudutavas kirjanduses rõhutatud, et BGB seob tehingu mõistega õiguslike järelemitte saabumise. R. Bork ua (Bearb.). J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 1. Allgemeiner Teil. §§ 134–163. Berlin, 2003, eelmärkus 4 §-dele 145–156.

<sup>405</sup> K. Larenz. M. Wolf. München, 1997, lk 431.

<sup>406</sup> I. Kull jt. Tallinn, 2010, § 67 komm 3.1.2. Vt ka D. Medicus. Allgemeiner Teil des BGB. 10. Aufl. Heidelberg, 2010, lk 79.

siduv tehing (nagu korduvalt rõhutatud, on eelnev RKKKo 3-1-1-100-09 sõnakasutuse tulem, autor ei tee ammendavat katset defineerida, mida käsitleda mittesiduvuse all ja kuidas see seostub kehtivusega).<sup>407</sup>

Pigem on nii DCFR kui ka siseriiklike õiguskordi puudutava kirjanduse seisukoht selline, et tehingumõiste kui selline ei evi tänapäeval erilist praktilist ega teoreetilist tähendust: eeskätt on oluline küsimus sellest, millal on tehing sõlmitud ja kuidas seda tõlgendada.<sup>408</sup> Nii on täheldatav tendents tehingumõistele tähelepanu pöörata pigem muudes õigusvaldkondades.<sup>409</sup> Autori hinnangul võib juba eelnimetatud faktist teha järelduse, et tehingu mittesiduvuse kriteeriumi esitamine on olemuslikult karistusõigusautonoomne ja tsiviilõigusele tundmatu või siis väheoluline.

Eelnevale järeldusele vaatamata on siiski täheldatav teatava täiendava diskussioon teke DCFR sisustamisega seoses ja seda eelkõige seonduvalt mitte tehingu- vaid lepingumõistega. Sellele vaatamata on kohane tehingu- ja ilmselt eelkõige lepingumõistet puudutava tulevikus tekkivat diskussiooni silma pidades seda esile tuua. Nimelt on DCFR II ptk art 1:101 lg 1 kohaselt leping kokkulepe eesmärgiga luua alus siduvale õiguslehele „või muule õiguslikule tagajärjele”, art 1:101 lg 2 kohaselt on õigustoiming (ingl *juridical act*) iga tahteavaldus või kokkulepe, mis võib olla otsene või tuletatav käitumisest, millel on eesmärk vastava õigusliku tagajärje saavutamine (ingl „*././ intended to have legal effect as such*”).<sup>410</sup> Eelneva vaheteo pinnalt on DCFR teksti puudutavas (ja eelkõige kriitiliselt meelestatud) kirjanduses tõstatatud küsimus, kas art 1:101 kahe lõike omavahelise erinevuse (eelviidatud ingliskeelse väljendi *as such* kasutamine) pinnalt peaks järeldama, et kui tehing peab olema kokkulepe mis on justkui ainult suunatud mingi, aga mitte kindla (st lg-s 1 väljend „*as such*” puudub) õigusliku tagajärje toomisele, siis kas eelnev tähendab, et tehing ei pea olema seega kehtiv e õigusjõudu omav. Sealjuures on eelneva kriitilise seisukoha autorid samuti mõõnnud, et eelkirjeldatud vahetegemine õigustoimingu

<sup>407</sup> H. Köhler. BGB Allgemeiner Teil. 35. Aufl. München, 2011, lk 103. I. Kull jt. Tallinn, 2010, § 67 komm 3.1.1. ja 3.2. Vt võrdlevalt VÕS komm vln esitatud seisukoht, mis küll peab lepingu siduvust selle (ilmselt) primaarseks tunnuseks, ent samas sätestab, et nimetatud ei pruugi olla absoluutne. – I. Kull jt. VÕS komm vln. I. Tallinn, 2006, § 8 komm 4.3.

<sup>408</sup> N. Jansen. R. Zimmermann. Vertragschluss und Irrtum in europäischen Vertragsrecht. – Archiv für die civilistische Praxis 2010, 210. Bd, lk 204.

<sup>409</sup> I. Kull jt. Tallinn, 2010, § 67 komm 3.4.2. Vt halduslepingu sisustamisega väljatöötatud tehingumõiste haldusõiguses. – W. Höfling. G. Krings. Der verwaltungsrechtliche Vertrag: Begriff, Typologie, Fehlerlehre. – Juristische Schulung 2000, lk 625–632.

<sup>410</sup> C. v Bar. E. Clive (ed.). Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition. Munich, 2009, lk 125. Olgugi et saksakeelses õiguskirjanduses on viidatud, et DCFR 2. peatükki raske sõnakasutus viitab Saksa eeskujude üsna üksühesele kasutamisele mõiste *tehing* defineerimisel, näikse võrreldes väidetava eeskju sõnastusega täheldatavat põhimõttelist erinevust lähenemises: DCFR definitsioon mõistele *tehing* näib keskenduvat mitte tehingu järelemittele või tehingu sisule, vaid pigem kokkulepele, et saavutada kokku lepitud tagajärg. – N. Jansen. R. Zimmermann. – Archiv für die civilistische Praxis 2010, 210. Bd, lk 202–204, 207.

ja tehingu regulatsiooni vahel võib olla pigem tehniline ja lootusetult sisulise tähenduseta.<sup>411</sup>

Käesoleva töö ptk-s 3.2. viidatud ebaselgus RKKKo 3-1-1-100-09 suunise kohta, mille järgi võib koosseisu realiseerida ka pooltele mittesiduva lepinguga, tingib kaks küsimust: (1) kas kriminaalkolleegiumi esitatud tehingumõiste tähendab seda, et tehing võib olla mingi toimingute kogum, mis ei ole pooltele siduv, (2) või on kohus tehingu mittesiduvuse all silmas pidanud selle võimalikku kehtetust. Tsiviilõiguslikku tehingumõiste piires sellel küsimusel sisulist tähendust ei ole. Nimelt on TsÜS § 67 lg 1 puudutavas õiguskirjanduses tehingu õiguslikku tähendust defineeritud järgmiselt: „*tehingu õiguslik tähendus seisneb selles, et see peaks kaasa tooma tehingu tegija poolt soovitud õiguslikud tagajärjed. /.../ Tehingu siduvus tähendab ühtlasi seda, et tehingu tegija jaoks on pärast tahteavalduse tegemist tehingust tulenevad tagajärjed kohustuslikud.*”<sup>413</sup> Samamoodi on VÕS § 8 lepingu definitsiooni puhul selgest seisukohavõtust hoidutud, küll on see tuletatav VÕS § 8 lg-st 2, lisaks on eestikeelses õiguskirjanduses rõhutatud, et asjaolu, et pool ei saa mõningaid lepingulisi nõudeid realiseerida (aegumine, hea usu põhimõte, VÕS § 111 lg-st 1 tulenev vastuväide), ei välista lepingu siduvust poole suhtes.<sup>414</sup>

Kui tõlgendada RKKKo 3-1-1-100-09 seisukohta kui tehingumõistet, mille kohaselt ei pea tehing olema pooltele siduv, on tegemist ilmselt kõrvalekaldu misega TsÜS § 67 lg-s 1 esitatud tehingumõistest (ja VÕS lepingumõistest).<sup>415</sup> Kui võtta seisukoht, et tegelikkuses pidas RKKKo nõ mittesiduvuse väite all silmas tehingu kehtivust, st kolleegiumi poolt esitatud tehingumõiste kohaselt on tehing ka kehtetu tehing, tuleb esmalt märkida, et TsÜS § 67 lg 1 ei anna vastust küsimusele, kas tehingu definitsioon eeldab immanentse tunnusega selle kehtivust. Eelesitatu kohaselt on võimalikud kaks tõlgendust: kehtivus kas on või ei ole tehingu immanentne tunnus.

Järeldus, et kehtivus on tehingu immanentne tunnus, põhineb tehingu kui privaatautonomia teostamise vahendil – selle eesmärk on realiseerida poolte tahe just konkreetsel viisil. Iseenesest on teatavad õiguslikud järeloomid ka kehtetel tehingul – nt pooltevahelised alusetu rikastumise nõuded või kahju hüvitamisest tulenevad nõuded. Nimetatud tagajärjed ei ole aga poolte poolt kavatsatud – tehing põhjustab õiguskorras muudatusi, mis vastavad poolte vahel

---

<sup>411</sup> N. Jansen. R. Zimmermann. – Archiv für die civilistische Praxis 2010, 210. Bd, lk 207–208. Küsimusele ei pööra mingit tähelepanu ka DCFR kommenteeritud väljaanne. – C. v Bar. E. Clive (ed.). Munich, 2009, lk 125–129.

<sup>413</sup> Autorid ei täpsusta, mida peetakse silmas sõnastuse „see peaks tooma” all. – I. Kull jt. Tallinn, 2010, § 67 komm 3.2.

<sup>414</sup> I. Kull jt. VÕS komm vln. I. Tallinn, 2006, § 8 komm 4.3.

<sup>415</sup> DCFR II peatüki art 1:103 lg 1 kohaselt on kehtiv leping pooltele siduv. – C. v Bar. E. Clive (ed.). Munich, 2009, lk 132.

kokkulepitud sisule.<sup>416</sup> Õiguslikud järelmid, mida pooled on oma privaatautonomia kaudu määranud, on tehingud, mille nad on oma tahte kohaselt kujundanud. Tehing on õiguskorra poolt ettenähtud vahend privaatautonomiselt õiguslikeks järelmitteks vormida,<sup>417</sup> olles seega instrument õigustmuutva (sks *Rechtsgestaltende*) tahte teostamiseks ja seda tuleb õiguslikult kehtivalt kohaldada. Tehingu instituudi eesmärk on luua eeldusi ja raame õigustmuutva privaatautonomse tahte õiguslikuks reguleerimiseks.<sup>418</sup> Seega tehingumõiste immanentne eeldus on selle kehtivus, v.a. kui pooled on tehingu kehtivusega seoses ise midagi seostanud (edasilükkav, äramuutev tingimus).<sup>419</sup>

Teisalt võib võtta seisukohta, et tehingu kehtivus kui selline ei ole tehingu immanentne tunnus.<sup>420</sup> Eelnev tugineb arusaamal, et ka kehtetu tehing toob kaasa vähemalt mingid muutused pooltevahelistes õigustes – kasvõi lepinguvälised tagasinõuded – olgugi, et mitte sellised nagu pooled algselt soovisid. Kui see on nii – st ka tühine tehing on isenesest tehing, millele õiguskord ei anna teatavatest privaatautonomiaülestest kaalutlustest tulenevalt (poolte poolt soovitud) õiguslikke tagajärgi – võib RKKKo 3-1-1-100-09 seisukohta mitte käsitleda tsiviilõigusaktseessoorsuse eitamisena.

Käesolevas töös ei seata eesmärgiks ammendava tsiviilõigusliku tehinguga ka lepingumõiste andmist. Küll on TsÜS § 67 lg 1 sõnastusest ja ka VÕS § 8 käsitluse kohaselt ilmne, et tehingu ja lepingu sisu peaks olema siduvus ning (vähemalt mingisuguse) õigusliku tagajärje kaasatoomine. Seega ei vasta RKKKo 3-1-1-100-09 toodud mõiste TsÜS § 67 lg-s 1 ja ka VÕS §-s 8 toodule. RKKK on loonud karistusõigusautonomse, (vähemalt näiliselt) tsiviilõigusaktseessoorsust eitava tehingumõiste.

---

<sup>416</sup> P. Varul. Tühine tehing. – *Juridica* 2011, 1, lk 35. Siinkohal on oluline juhtida tähelepanu artikli mõistekasutusele – autor kasutab tühise tehingu tähistamiseks pidevalt vastavat viidet ega viita kordagi sellele kui tehingule.

<sup>417</sup> D. Leenen. *BGB Allgemeiner Teil: Rechtsgeschäftslehre*. Berlin, 2010, lk 29.

<sup>418</sup> K. Larenz. M. Wolf. München, 1997, lk 431.

<sup>419</sup> R. Bork ua (Bearb.). *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*. Buch 1. Allgemeiner Teil. §§ 134–163. Berlin, 2003, eelmärkus 8 §-dele 145–156. Tuletatav H. Kötz'i järeldusest, mille kohaselt leping ei ole sõlmitud, kui puudub poolte kokkulepe. Ühtlasi on ka mitmed muud alused mille alusel leping on kehtetu – pettus, eksimus, õigusvõime jne. – H. Kötz. *Vertragsrecht*. 2. Aufl. Tübingen, 2012, lk 5. Vt ka DCFR II peatüki art 1:101 ja 1:103 sõnastuse erinevus. – C. v Bar. E. Clive (ed. Munich, 2009, lk 125, 132.

<sup>420</sup> Vt nimetatud küsimusega seonduvat arutelu koos viidetega Saksa õiguses, ent eeldatavasti ei ole see Eesti õigusele otseselt kohaldatav. – K. Larenz. M. Wolf. München, 1997, lk 432–436.

### 3.3.3. Karistusõigusautonoomne tehingumõiste – KarS § 202 eeskjuju

Mõiste *tehing* on mh KarS §-de 93<sup>1</sup>, 131, 300<sup>1</sup> lg 2, 393, 398<sup>1</sup> lg 1 koosseisu-element. Loetletud koosseisude puhul on märkimisväärne §-le 398<sup>1</sup> RKKK antud tõlgendus, mille kohaselt on §-s 398<sup>1</sup> esitatud turumanipulatsiooni kirjeldus võrreldes VPTS §-s 188<sup>15</sup> antuga käsitletav iseseisva teokirjeldusena. KarS § 398<sup>1</sup> lg-s 1 sätestatud süüteoosseis ei ole blanketne, sest selles on ammendavalt avatud karistatava teo kirjeldus, mistõttu tuleb see sisustada iseseisvalt ja igasugustele karistusõigusvälistele normidele viitamata, võttes aluseks koosseisu sisustamisel vastava õigusharu (antud juhul väärtpaberituruõiguse) aluspõhimõtted. Kolleegiumi hinnangul viitas asjaolu, et KarS § 398<sup>1</sup> lg-s 1 sätestatud koosseisukirjelduses puudub igasugune viide ebaseaduslikele toimingutele, mistõttu võib koosseisu realiseerida täiesti tavapäraste tehingutega, kui need on eksitavad või tõenäoliselt eksitavad. Asjaolu, et tehingu eksitav või tõenäoliselt eksitav iseloom on tuvastatavad faktiküsimusena üksnes iga konkreetse juhtumi kontekstis, ei muuda teokoosseisu kirjeldust blanketseks.<sup>421</sup> Riigikohus ei täpsustanud, mida ta peab silmas tavapäraste tehingute all, mis on eksitavad või võivad tõenäoliselt viia eksitusse (st kuivõrd ja kas üldse neid tõlgendada koosmõjus sama otsuse p-s 21 viidatud VPTS sätetega ja sellega seonduvate dokumentidega).<sup>422</sup> Nimetatud küsimuse lahendamine puudutab väärtpaberituruõigust, mitte koosseisu tsiviilõigusaktsessorset sisustamist (kas tehing VPTS-s on tehing TsÜS § 67 lg 1 tähenduses) ja ei ole seega käesoleva töö esemesse kuuluv. Küll aga on RKKK lähenemine, mille kohaselt juhul, kui koosseisu objektiivne teokirjeldus on ammendava sisuga, samuti kui puudub viide ebaseaduslikkusele (mida nt sisaldab KarS § 217<sup>2</sup>) – on alust aktsessorst eitada, edasise arutelu seisukohalt märkimisväärsed.

Iseenesest ei ole karistusõigusautonoomse tõlgenduse andmine tsiviilõigusrelevantansust evivale käsutust puudutavale mõistele – antud juhul *omandamine* KarS § 202 lg 1 (süüteo toimepanemise tulemusena saadud vara omandamine, hoidmine ja turustamine) koosseisus –, lähtudes sealjuures nii kriminaalpoliitilistest kui ka süstemaatilistest argumentidest, midagi Eesti karistusõigusele tundmatut. Seega on eelviidatud RKKKo 3-1-1-36-12 seisukoht vastavuses varasema praktikaga, kus kriminaalkolleegium on teatud koosseisude puhul, mis näevad ette ammendava teokirjelduse, igasugust aktsessorset tõlgendust koosseisu aluseks oleva võimaliku õigusharuga (süüteo tulemusena omandatu edasimüügi keelamine kui omandisuhete lisakaitse karistusõiguse poolt) eitanud.

<sup>421</sup> RKKKo 3-1-1-36-12, p-d 15 ja 16. Vastava õigusharu aluspõhimõtete kohta vt RKKKo 3-1-1-70-11. Vt ka M. Kairjak. Prospectus Liability v. Criminal Punishment: The Case of Public v. Private (But without) Enforcement. – *Juridica International* 2012, lk152–153.

<sup>422</sup> RKKKo 3-1-1-36-12, p 21.

KarS § 202 koosseis koosneb kahest osast: (a) eeltegu – süüteo toimepanemise tulemusena on isik saanud enda kontrolli alla mingisuguse eseme; (b) nimetatud eseme omandamine, hoidmine või turustamine, millest eelkõige mõisted *omandamine* ja *turustamine* viitavad mingitele tsiviilõigussuhetele. Kui omandamise puhul saab väita, et eeldatavasti on tegu eseme omandiõiguse saamisele suunatud võõrandamistehinguga, siis mõistet *turustamine* tsiviilõiguses eraldiseisva mõistena ei tunne. RKKKo praktika kohaselt on turustamisena käsitatav vara võõrandamine mis tahes tehingu vormis (müümine, vahetamine, võla katteks andmine jne)<sup>423</sup>; turustaja on nii see isik, kes vahetult ise võõrandab süüteoga saadud vara kolmandale isikule, annab selle vara üle ja saab selle eest tasu, aga ka isik, kes vara eelnevalt omandamata otsib sellele uut valdajat, kusjuures ei ole oluline, kellega turustaja raha jagab ja kas ta seda üldse teeb, kes on ostja või kellelt (kas turustajalt või ostjalt) tuleb tehingu tegemise initsiatiiv.<sup>424</sup>

Erinevalt ärakasutamiskoosseisu juures tekkinud koosseisuteo – tehingu – sisustamise problemaatikast, on mõisted omandamine ja turustamine KarS § 202 lg 1 objektiivses koosseisus head näited sellest, kuidas mõlema mõiste rangelt tsiviilõigusaktessoorne sisustamine viiks absurdse olukorra tekkeni: varastatud asjade omandamisel või turustamisel ei saa omandiõiguse üle minna, sest asi on omaniku valdusest välja läinud tahtevastaselst.<sup>425</sup> Ühes sellega muutuks küsitavaks kogu § 202 lg 1 eesmärk – piirata süüteoga omandatud vara käivet ja selle kaudu vähendada võimalikku kasu, mis tuleb varavastaste süütegude toimepanemisest.<sup>426</sup>

Eelnevast probleemist ülesaamiseks pidi kriminaalkolleegium kriminaalasjas 3-1-1-93-07 kaitsja kassatsioonis esitatud väidete ümberlükkamiseks rõhutama järgmist:

*„Õigussüsteemi terviklikkuse põhimõtet arvestades tuleb karistusõiguses kasutatavaid tsiviilõiguslikke termineid üldjuhul sisustada tsiviilõiguse reegleid arvestades. See põhimõte ei ole karistusõiguses järgitav, kui konkreetse termini kasutamise kontekst annab termini sisule karistusõigusliku eritähenduse. Sellist eritähendust kannabki KarS §-s 202 kirjeldatud üks koosseisutegu – omandamine.“<sup>427</sup>*

<sup>423</sup> P. Pikamäe. J. Sootak. Tallinn, 2009, § 202 komm 6.

<sup>424</sup> RKKKo 3-1-1-65-06, p 11.

<sup>425</sup> Omandamise kohta vt – RKKKo 3-1-1-93-07. Turustamise kohta vt. – RKKKo 3-1-1-65-06, p 11.

<sup>426</sup> A. Schönke. H. Schröder. München, 2010, § 259 änr 3.

<sup>427</sup> RKKKo 3-1-1-93-07 p 7. Vt ka käesoleva töö ptk 1.3.2.1.

Absurdse olukorra tekkimise vältimiseks tunnistas RKKKo sisuliselt n-ö *quasi*-tehingulaadset<sup>428</sup> omandamise (ja ka turustamise, mis puutub võõrandamis-tehingute tegemisse)<sup>429</sup> mõistet. Vastasel juhul oleks koosseis kaotanud vallas-asjade käibesse puutuvalt oma tähenduse, sest ühtegi omaniku tahte vastaselt tema valdusest väljaläinud vallasasja edasist üleandmist ei saaks käsitleda omandamise või siis müügina turustamise tähenduses, kuna vara käsutused on tühised AÕS § 95 lg-st 3 tulenevalt.

RKKKo 3-1-1-93-07 seisukoha valguses on seega omandamise puhul tege-mist olukorraga, kus pooled on „kokku leppinud” tehingus, mille puhul pooled teavad, et selle alusel toimuv käsutus ei ole kehtiv. Olgugi, et õiguskord sellist „*quasi*-tehingulaadset” omandamist käsutusõiguse puudumise tõttu väliselt ei aktsepteeri, on poolte tahe sellegipoolest suunatud käsutusvõimu ülekand-misele.<sup>430</sup> Omandamine on seega pooltevaheline teadlik kokkulepe (tuleneb nõudest, et mõlemal pooltel peab olema vähemalt kaudne tahtlus, s.t omandaja peab teadma, et ese on omandatud süüteo tulemusel), mille tulemusena tekib omanikusarnane seisund (nõ käsutusvõim).<sup>431</sup>

Saksa StGB § 259 puudutava õiguskirjanduse eeskujul on omandamise jaata-miseks seega vajalik järgmise kahe eelduse täitmine:<sup>432</sup>

- a) omanikusarnase seisundi loomine pahauskelt<sup>433</sup> – iseseisva (omaniku-sarnase) käsutusvõimu<sup>434</sup> ülekandmine. Nagu eespool mainitud, on aluseks poolte kokkulangev tahe (omanikusarnase) käsutusvõimu ülekandmiseks.<sup>435</sup> Kehtetu tsiviilõiguslik võõrandamistehing (mille kaudu omandaja saab omanikusarnase seisundi) peab olema faktiliselt täidetud.<sup>436</sup> Käsutusvõimu võivad isikud omandada mitmekesi. Omandajal peab olema soov luua oma-nikusarnane seisund, mitte näiteks soov asja vaid hävitada, tegelikule

---

<sup>428</sup> H-J. Rudolphi ua (Hrsg.). Berlin, 2012, § 259 änr 33. U. Kindhäuser. U. Neumann. H-U. Paeffgen. Baden-Baden, 2010, § 259 änr 31 jj. On kasutatud ka mõistet omandamissarnane akt (sks *zueignungsähnlicher Akt*). – B. v. Heintschel-Heinegg. München 2010, § 259 änr 19.

<sup>429</sup> Levinud on ka seisukoht, et pelgast kehtetu tehingu sõlmimisest ei piisa ja tuvastama peab n-ö faktilise käsutusvõimu saamise (vt allpool). – W. Joecks. K. Miebach (Hrsg.). München, 2006, § 259 änr 78.

<sup>430</sup> H-J. Rudolphi ua (Hrsg.). Köln, 2012, § 259 änr 33.

<sup>431</sup> Saksakeelses kirjanduses kasutatakse mõistet *Verfügungsgewalt*, RKKKo 3-1-1-93-07 kasutas mõistet „omanikusarnase seisundi loomine”. Vt RKKKo 3-1-1-93-07, p 7.1.

<sup>432</sup> Aluseks on RKKKo 3-1-1-93-07 p-s 7.1 esitatud kaksikjaotus. Kuna sisuliselt on tege-mist faktilise iseloomuga teoga (st tehing ei tekita tsiviilõiguslikke järelemeid), on võimalik ka teistsugune eelduste jaotus – nt D. Jahn pakub välja kolmikjaotuse, kus kolmas element on omandaja soov luua omanikusarnane seisund. – vt H. Satzger. B. Schmidt. G. Widmaier. Köln, 2009, § 259 änr 15–18.

<sup>433</sup> RKKKo 3-1-1-93-07, p 7.1.

<sup>434</sup> A. Schönke. H. Schröder. München, 2010, § 259 änr 16.

<sup>435</sup> N-ö *tahete* (saksakeelne õiguskirjandus hoidub teadlikult kasutamast mõistet *tahte-avaldu*s) kokkulangevuse määra ja ulatuse kohta õiguskirjanduses ühtne seisukoht puudub. Vt ülevaadet diskussioonist. – W. Joecks. K. Miebach (Hrsg.). München, 2006, § 259 änr 61.

<sup>436</sup> H. Satzger. B. Schmidt. G. Widmaier. Köln, 2009, § 259 änr 15–18.

omanikule tagasi anda.<sup>437</sup> Samuti ei ole omandamisega tegemist, kui isik asja laenab või ajutiselt hoiule võtab, koos eelteo toimepanijaga asja kasutab või tarbib,<sup>438</sup>

- b) kuriteo toimepanemise tulemusena saadud vara enda valdusesse võtmine – isik saab asja oma teatava kontrolli alla (valdusesse). Sealjuures ei ole vajalik, et n-ö võõrandaja kaotab täies ulatuses kontrolli üleantava asja üle, piisab sellest kui „omandajal” on teatav iseseisev ja „võõrandajast” sõltumatu positsioon. Võimalik on ka olukord, kus kokkuleppe järel kasutavad isikud võimu asja üle ühiselt.<sup>439</sup> Kirjanduses on jaatatud ka kaudse valduse saamist (antakse üle kapivõti, legitimatsioonimärk)<sup>440</sup>, st asi jäetakse võõrandaja valdusesse, ent omandajal on võimalus igal hetkel selle suhtes valdus kehtestada. Sama kehtib ka kolmanda isiku valduse kohta (kas asi on „võõrandamise hetkel kolmanda isiku valduses” või asja võtab oma valdusesse „omandaja” poolt määratud isik): ülekandmine on võimalik ka siis kui „võõrandaja” on „omandajale” andnud faktilise võimaluse kolmanda isiku valdust kontrollida.<sup>441</sup>

Eelnevate kriteeriumite loetelu põhjal on autori hinnangul ilmne, et sisuliselt on StGB § 259 kohtupraktika loonud omandamise sisustamiseks iseseisva süsteemi, mis sisustab samu küsimusi, mida tsiviilõiguslik tehingukäsitus: küsimus tahete kokkulangevusest (TsÜS § 67 lg 1 tahteavalduste kokkulangevus), küsimus sellest, kas tehing peab olema täidetud, soov kaasa tuua tagajärg enda ja toimingu vastaspoole varalises seisundis (TsÜS § 67 lg 1 mõistekasutus: soov kaasa tuua õiguslik tagajärg), vastava seisundi püsiv iseloom (võõrandamistehingule suunatud tahteavalduse eristamine kasutamislepingu sõlmimisele suunatud tahteavaldusest). Alapunktis b) on kohtupraktika asunud n-ö looma omandamise viise AÕS § 92 lg 1 (valduse üleandmine), § 93 ja § 94 tähenduses. Kohtupraktika on loonud paralleelse tehingumõiste ja ühes sellega ka täpse, tsiviilõiguse süstemaatikale ja detailsuseastmele vastava reeglistikku.

---

<sup>437</sup> B. v. Heintschel-Heinegg. München 2010, § 259 änr 19.2.

<sup>438</sup> T. Fischer. München, 2012, § 259 änr 11–12. A. Schönke. H. Schröder. München, 2010, § 259 änr 17.

<sup>439</sup> B. v. Heintschel-Heinegg. München 2010, § 259 änr 20.

<sup>440</sup> H. Satzger. B. Schmidt. G. Widmaier. Köln, 2009, § 259 änr 15–18.

<sup>441</sup> A. Schönke. H. Schröder. München, 2010, § 259 änr 189. B. v. Heintschel-Heinegg. München 2010, § 259 änr 22–23.

### 3.4. Karistusõigusautonoomse tehingumõiste põhjendatus KarS § 217<sup>2</sup> sisustamisel

#### 3.4.1. Kriminaalpoliitilised argumendid

Karistusõigusliku tehingumõiste seotus käesoleva töö p-des 1.3.2.3 ja 1.3.2.5 esitatud kriminaalpoliitiliste argumentidega – kasutada koosseisu kriminaalpoliitiliselt taunitava, ent tsiviilõiguslikult mittereguleeritu vastu – on ilmne. Ühes sellega avab RKKKo 3-1-1-100-09 mittesiduvuse kriteerium tee käsitlusele karistusõiguslikust varamõistest kui koosseisu alusest, mis omakorda seab kahtluse alla koosseisu subsidiaarsuse ja fragmentaarsuse tsiviilõiguse suhtes. Piiratud tsiviilõigusaktse soorse käsitluse põhiväide on see, et vaid tsiviilõiguslikele kaitsemehhanismidele tuginemine ei ole esindusõiguseta isiku poolt teingu tegemisel piisav ja karistusõiguse kui *ultima ratio* õigusharu sekkumine niivõrd olulisse riivesse on põhjendatud.

*Ultima ratio*/subsidiaarsuse põhisisu on võimaldada karistusõiguslikku kaitset õiguskorra kõige olulisemate rikkumiste tarbeks. Eelnevalt tulenevalt tuleb esmalt analüüsida, millisenä kvantifitseerib aluseks olev õigusharu väidetavat kriminaalõiguslikku kaitset vajavad rikkumised. TsÜS esinduse regulatsioon lähtub sihipäraselt loogikast, mille kohaselt on esindatava enda risk, kui ta sõlmib välissuhtele vastava, ent sisesuhtet rikkuva teingu. Tsiviilõigusaktse soorne käsitlus moodustabki ärakasutamiskoosseisu ebaõigussisu nimetatud riskijaotusest tulenevalt, õigemini vastupidi sellele riskijaotusele, kaitstes nii isikuid, kelle vara on sisesuhtet rikkuva tehinguga kahjustatud, ent tehing iseenesest on kehtiv. Võrreldes TsÜS §-de 129 ja 130 tühisuse alusega, samuti §-st 131 tuleneva võimalusega tehing tühistada on esindataval märkimisväärselt halvem positsioon. Esindatavale võimaldatakse sellisel juhul erandlikku kaitset KarS § 217<sup>2</sup> alusel. *Ultima ratio* põhiteesi kohaselt ei sea see eesmärgiks kõigi võimalike rikkumiste kriminaliseerimist – eelnevaga seondub K. Lüdderseni paraadnäide, mille kohaselt ei ole olemas ülddelikti, mis kriminaliseerib kõik omandiõiguse rikkumised, vaid varavastaste süütegude peatükk KarS-s kriminaliseerib kitsalt osa rikkumisi (peaasjalikult tahtlikud).<sup>442</sup>

Kui siiski jõuda seisukohale, et esindatava ja esindaja vaheline riskijaotus ei ole iseenesest nii välissuhte ja sisesuhte rikkumise puhul iseenesest nii erinev, mistõttu peaks võimaldama karistusõiguslikku kaitset mõlema rikkumise puhul, tuleb analüüsida, kas range tsiviilõigusaktse soorsus tehingumõiste sisustamisel välistab karistusõigusliku kaitse täies ulatuses. Tuleb silmas pidada, et võrreldes StGB-ga on KarS omavahel süstemaatilisesse seosesse määranud KarS § 201 alt II tuleneva teisele isikule usaldatud võõra vara enda või kolmanda isiku kasuks pööramise alamkoosseisu, millele täies ulatuses sarnast StGB-st ei leia. Nii on eeldatavasti olukorras, kus esindaja teeb koostööd teingu vastaspoolega, st isik on teadlik kas välissuhte või sisesuhtest tulenevate kohustuste rikkumisest,

---

<sup>442</sup> Vt käesoleva töö ptk 1.3.3.2

tegemist esindatava kätte usaldatud muu võõra vara enda kasuks pööramisega.<sup>443</sup> TsÜS §-d 129, 130 ja 131 eeldavad teatavat teadlikkuse elementi – seega peavad eelduslikult mõlemad osapooled teadma, et tegelikkuses ei vasta vastav ülekandmine esindatava e võõra vara omaniku soovile.<sup>444</sup>

Kui KarS § 201 alt II (või ka põhimõtteliselt alt I, kui esindataval on antud õigus käsutada võõrast vallasasja) ei kohaldu, on osaliste teadliku koostööna välis- või sisesuhet rikkuv tegevus sisu poolest käsitatav teise isiku varaliste huvide järgimise kohustuse rikkumisena usalduse murdmise koosseisu alusel.<sup>445</sup> Antud seisukoha kriitika eelkõige Saksa StGB-d puudutavas õiguskirjanduses tugineb sealse StGB § 266 tõlgenduspraktikas omaksvõetud kitsendavatele piirangutele varaliste huvide järgimise kohustuse sisustamisel – kas ühekordset teingut tegema volitatud isik on piisavalt iseseisev ja kas ta tegutseb peaaesjalikult võõrastes huvides jne.<sup>446</sup> Seega oleneb usalduse murdmise koosseisu kohaldatavus suuresti nii mõlema koosseisu omavahelisele vaheteole (ja seega varaliste huvide järgimise kohustuse ulatusele) ja varaliste huvide järgimise kohustuse võimalikule sisustamisele antavatele suunistele Eesti KarS § 217<sup>2</sup> puudutavas kohtupraktikas.<sup>447</sup> Kui loobuda varaliste huvide järgimise kohustuse piiratult tsiviilõigusaktseorsoorsest sisustamisest, täidab eeldatavasti ka usaldusseisundis olnud isik usalduse murdmise koosseisu varaliste huvide järgimise kohustuse.

Täiendavalt, G. Arzti toodud peamise näite – esindajal polnud kavatsustki sisesuhtest tulenevaid kohustusi täita esindusõiguse saamisest alates (olenemata sellest, kas teingu vastaspoolest kolmas isik sisesuhte rikkumisest teadis või mitte), on KarS § 217<sup>2</sup> puudutava õiguskirjanduse kohaselt iseenesest võimalik § 209 ja § 217<sup>2</sup> ideaalkogum ning kohaldamisele tuleb § 209 kui kelmus.<sup>448</sup>

### 3.4.2. Süstemaatilised argumendid

Kriminaalpoliitilistele argumentidele vaatamata tekitab RKKKo 3-1-1-100-09 arendatud karistusõigusautonoomse teingumõiste teooria probleeme peaaesjalikult KarS § 217<sup>2</sup> lg 1 alamkoosseisude vahel, samuti ärakasutamiskoosseisu sees.

Nagu näha KarS § 202 (peamiselt Saksa StGB § 259 eeskujul põhinevast) tõlgenduspraktikast on sisuliselt väljatöötatud paralleelne varaliste tehingute süsteem: kohtupraktika on samm-sammult pidanud nentima, et koosseisupärast

<sup>443</sup> Vt peamise suunisenäite antud küsimuses teingumõiste tsiviilõigusaktseorsoorsust eitava suunise andnud RKKKo otsuse asjaolusid ja muid põhjendusi. – RKKKo 3-1-1-100-09, pd 28–29. Vt ka M. Kairjak. – *Juridica* 2010, 1, lk 24–34.

<sup>444</sup> Vt enda või kolmanda isiku kasuks pööramise tahtlusest. – RKKKo 3-1-1-8-11, p 15.

<sup>445</sup> Vastav Saksa õigust puudutav seisukoht on üle kantav ka KarS konteksti. W. Joecks. K. Miebach (Hrsg.). München, 2006, § 266 änr 120.

<sup>446</sup> Vt käesoleva töö ptk 2.1.2.3.

<sup>447</sup> Vt käesoleva töö ptk 2.1.4.

<sup>448</sup> P. Pikamäe. J. Sootak. Tallinn, 2009, § 209 komm 28, § 217<sup>2</sup> komm 6. Vt nt RKKKo 3-1-1-70-10, RKKKo 3-1-1-58-07.

tegu võib jaatada a) omandi n-ö ülekandmisel kontrolli ülekandmisega (AÕS § 92 lg-s 1 omandi üleminek valduse üleandmisega), b) kontrolli ülekandmisega omandaja esindajale (AÕS § 92 lg 1 ja TsÜS § 115 lg 1), c) kontrolli ülekandmisega, olgugi, et asi on kolmanda isiku valduses (AÕS § 93). Samuti on kohtupraktika pidanud üksikasjalikult selgitama, milliseid käitumisakte pidada piisavaks, et oleks toime pandud koosseisutegu ehk siis mõlema poole tahe kaasa tuua omandi ülekandmisele sarnane tagajärg, samas teades, et see õiguslikult toimuda ei saa. Oluline on siinkohal, et seesugune teokirjeldus on üsna lähedane tsiviilõigusliku tehingu mõistega, ent ilmselt ei kattu mõnes üksikasjas. Kui nn mittesiduvuse teooria kinnistub edasises ärakasutamiskoosseisu praktikas, tekib eeldatavasti ärakasutamise tehingumõiste sisustamisel KarS § 202 omandamise ja turustamise sarnane tõlgendus: nn pseudo-tehing, mille puhul on kummagi osalise tahe suunatud omanikusarnase (st kehtiva tehingu tagajärgedele sarnase) olukorra tekkele, kummagi osalise tahe kattub, tuleb menetluse raames tuvastada, et kehtetust tehingust tulenevad kohustused on faktiliselt täidetud ja tehingupool on reaalselt soovinud eseme ülekandmist (või eeldatavasti ärakasutamise koosseisu spetsiifikat silmas pidades – kohustusi rikkunud tehingu tagajärgede tegelikku saabumist). Edasine praktika annab eeldatavasti suunise, kas eelloetletud kriteeriumid on piisavad, või peab tekkinud ebamäärasuse (mis ikkagi on tehingulaadsete toimingute kogum?) täpsustamiseks välja töötama sarnase lisakriteeriumi, nagu KarS § 202 omandamise puhul asja valdusesse saamine.

Õiguskindlusega seoses on tsiviilõigusaktseessoorse lähenemise peamised kriitikud viidanud sellele, et mõiste *ärakasutamine* kasutamine koosseisu sõnastuses on juba iseenesest viide teadlikule soovile vältida tsiviilõigusliku tehingumõiste kasutamist: KarS 217<sup>2</sup> koosseisu sõnastus, kus ärakasutamise asemel oleks mõiste *tehing* või siis vähemalt *käsitlus* või *kohustuse võtmine*, oleks täiesti kohane.<sup>449</sup> Tuleb siiski rõhutada, et varasem kohtupraktika loobus mõiste *ärakasutamise* mingil muul moel sisustamisest, ja otsustas selgelt selle kasuks, et koosseisupäraseks teoks võiks olla *tehing*. Kui võtta seisukoht, et RKKKo 3-1-1-100-09 esitatud seisukoht selgelt eitab tsiviilõiguslikku tehingumõistet kui arusaama kehtivast tehingust, näib vastav seisukoht minevat vastuollu varasema praktikaga (vt eelkõige RKKKo 3-1-1-4-08, mis nimetas *expressis verbis* ärakasutamise koosseisuteona tehingut).

Jättes kõrvale küsimuse, kas ärakasutamine peaks olema rõhuasetusega ärakasutamiskoosseisu esimesele osale (teise isiku vara käsutamise õigus) või teisele osale (suur varaline kahju), on ilmne, et vähemalt mingis ulatuses peaks olemuslikult ärakasutamise koosseisutegu olema funktsionaalses seoses käsutamise või varaliste kohustuste võtmisega, see peab olema aluseks olevale esindussuhtele suunatud.<sup>450</sup> KarS § 217<sup>2</sup> sõnastus „teise isiku vara käsutamise

---

<sup>449</sup> Vt käesoleva töö ptk 3.3.1.

<sup>450</sup> C. Müller-Gugenberger, K. Bieneck (Hrsg.). Wirtschaftsstrafrecht. Handbuch des Wirtschaftsstraf- und ordnungswidrigkeitsrechts. 4. Aufl. Köln, 2006, lk 900,

või teisele isikule kohustuse võtmise õiguse ebaseaduslikku ärakasutamist”, viitab selgelt, et tegu peab viima varalise seisundi muutumisele. Mingit käsutamise definitsiooni mõistagi karistusõiguses ei ole. Kelmuse varakasutuse mõiste ülekandmist on eitatud, sest toimepanija suhe kannatanusse on kummagi koosseisu puhul erinev – esimesel juhul teeb käsutuse kannatanu, teisel juhul toimepanija ise. Seda enam, et paljudel juhtudel on ärakasutamise koosseisu puhul tegemist õiguste käsutamisega. Kui asjade puhul on võimalik välja töötada mingisugune teooria asja staatuse faktilisest mõjutamisest, siis õiguse puhul on käsutamiseks tavaliselt vaja kehtivat käsutust. Ehk siis: käsutus ei eelda mitte ainult tehingut, vaid tsiviilõiguslikult kehtivat tehingut.<sup>451</sup> Käesoleva töö autori hinnangul on RKKKo 3-1-1-100-09 antud mittesiduvuse kriteeriumi peamine (ja autori hinnangul ületamatu) probleem nimelt vastuolu teise isiku vara käsutamise ja tehingu mittesiduvuse nõude vahel. Mittesiduva tehinguga ei saa vara käsutada ega – veelgi enam – teisele isikule (siduvat!) kohustust võtta. Kaheldav on, kas isegi majandusliku varamõiste valguses saaks väita, et käsutamine on võimalik ka mingi tehingu-laadse tegevusega, mis küll ei kehti tsiviilõiguslikult, aga viib varalise olukorra muutumiseni. Sellise teooria väljatöötamine eeldaks sisuliselt lahendust, kus me jaatame vara faktilist üleminekut juhul, kui teisel poolel on üleminekujärgselt näiteks alusetu rikastumise nõuded või siis töötaksime välja õiguse faktilise<sup>452</sup> ülekandmise instituudi. Selline konstruktsioon on isegi majandusliku varamõiste teooriat silmas pidades autori hinnangul eluvõõras ja vaevalt et vastab igapäevasele majanduskäibele. Teisele isikule ei saa võtta kohustusi tehinguga, mis ei ole pooltele siduv. Seda enam, et karistusõigusliku varamõiste kohaldatavus ärakasutamiskoosseisule on ärakasutamisseisundi sõnastust – teise isiku vara käsutamine – arvestades äärmiselt kaheldav.<sup>453</sup>

Eelviidatud ümberorienteerumine vara käsutamise õiguselt kahju tekitamisele (niivõrd, kui see pooltele mittesiduva tehinguga üldse võimalik on) tekitab üsna märkimisväärse ebaselguse KarS § 217<sup>2</sup> kahe alamkoosseisu vahelise eristuse määramisel. Ärakasutamiskoosseisu kui usalduse murdmise koosseisust olemuslikult kitsama koosseisu mõtte peaks olema kaitsta kannatanut sisesuhteid rikkuva tehingu tegemise ohu eest.<sup>454</sup> Tsiviilõigusaktssessoorsuse eitamine viiks koosseisu esindusõigusele orienteerituse eitamisele ja see muutuks ülddeliktiks

---

<sup>451</sup> P. Wittig. M. Reinhart. Untreue beim verlängerten Eigentumsvorbehalt – Neue Zeitschrift für die Strafrechtswissenschaft 1996, 10, lk 468–469.

<sup>452</sup> A. Schönke. H. Schröder. München, 2010, § 266 änr 15.

<sup>453</sup> Vt käesoleva töö p 2.2.2.

<sup>454</sup> RKKKo 3-1-1-100-09 p 9.1 lugedes näib autorile kriminaalasja materjalidega tutvumata, et sarnasele seisukohale jõudis kassatsioonis ka prokurör, rõhutades, et iseenesest ei ole tehingu kehtivus oluline usalduse murdmise koosseisu puhul – nimetatud koosseisu saab realiseerida iga kohustusi rikkuva teo või tegevusetusega –, mistõttu tehingu kehtetuse puhul võib isik ärakasutamiskoosseisu asemel vastutada usalduse murdmise koosseisu eest. – vt RKKKo 3-1-1-100-09, p 9.1.

vara tahtliku kahjustamise vastu.<sup>455</sup> Autori hinnangul on RKKK mittesiduvuse teooriat toetavate argumentide pealejäamisel reaalne oht, et lisaks selgele süstemaatilisele vastuolule ärakasutamiskoosseisu sõnastuse sees, kaob sisuline vahetegemine kahe koosseisu vahel sootuks: usalduse murdmise koosseis kui olemuselt laiem<sup>456</sup> ja eeldab vaid varaliste huvide kohustuste rikkumist (ükskõik millise teoga või tegevusetusega). Kui võtta seisukoht, et ka ärakasutamise koosseisu on võimalik realiseerida „käsutusele või kohustuse võtmise” õiguse saavutamisele suunatud tehingulaadse teoga, kaotab ärakasutamiskoosseis oma kitsama iseloomu, sest tavaliselt on ärakasutamisseisundis oleval isikul esindatava suhtes ka varaliste huvide järgimise kohustus.

Kehtivuse, või siis siduvuse, eeldusest loobumine või kinnipidamine ei pruugi samas praktikas omandada märkimisväärset tähendust, sest eelkõige võidakse RKKKo 3-1-1-100-09 sarnastes olukordades kohaldada KarS § 201 alt 2 (olguigi et sellisel juhul peab kohtupraktika andma selge suunise, et kehtetu tehing on käsitatav usaldatud võõra vara enda kasuks pööramisena, nii nagu kehtetud käsutustehingud on enda kasuks pööramise jaatamiseks piisavad alt 1 puhul).<sup>457</sup> Teiseks ei täpsustanud Riigikohus, kas ta peab silmas vaid kohustustehingu kehtetust või eeldab mõlema tehingu kehtetust. Kui vaid esimest, siis on eeldatavasti enamikul varasse kuuluvate esemete ülekandmise juhtudel niikuinii käsutus toimunud, isikul on vaid võimalus esitada alusetu rikastumise nõue.

### 3.5. Vahekokkuvõte

Mõiste tehing tsiviilõigusaktssesoorne – TsÜS § 67 lg-st 1 lähtuv – tõlgendus on vastavuses nii õiguskindluse kui ka süsteemse koherentsuse põhimõttega. Kui varaliste huvide järgimise kohustuse puhul olemuslikult ei olnud tsiviilõiguses vastandmõistet olemas, siis tehingu puhul on olukord äärmiselt lihtne – mõiste *tehing* on defineeritud TsÜS-s ja tsiviilõiguses üksikasjalikult reguleeritud.

Kui eeldada, et tsiviilõiguslik tehingu mõiste eeldab, et tehing on pooltele siduv ja peab olema kehtiv (ehk siis tooma kaasa teatava õigusmuudatuse), on RKKK andnud suunise, mille kohaselt ei pea ärakasutamiskoosseisu puhul koosseisutegu tehing olema õiguslikult siduv tsiviilõigusaktssesoorust eitav. Sellisel juhul on *tehing* karistusõigusautonoomne mõiste. Karistusõigusautonoomne tehingumõiste põhjustab keerukust nii süsteemi *õigus*, ärakasutamiskoosseisu kui ka usalduse kuritarvitamise koosseisu sees. Kehtetu tehingu

<sup>455</sup> H. Satzger. B. Schmidt. G. Widmaier. Köln, 2009, § 266 änr 21.

<sup>456</sup> RKKKo 3-1-1-4-08, p 25

<sup>457</sup> Vt värskem kirjandus antud küsimuses. – K. Ambos, Gewahrsamslose „Zueignung“ als Unterschlagung? – Goltdammer’s Archiv für Strafrecht, 2007, lk 127. K. Ambos eristab nõu normatiivset ja faktilist enda kasuks pööramist: esimesel juhul toimub kehtiva käsutuse alusel omandi üleminek, teisel juhul mitte.

aktsepteerimine koosseisupärase teona ärakasutamiskoosseisus muudab põhimõtteliselt nii koosseisu kaitstavat ebaõigussisu, ent seab selle kaudu küsitavaks ka nii koosseisu subsidiaarse kui ka fragmentaarse iseloomu. Koosseisu sisustamine lähtub sellisel juhul kriminaalpoliitilistest argumentidest ja selle tulemusena tekitavad süstemaatilisi küsitavusi nii koosseisu sees kui ka seondult teiste varavastaste süütegudega.

Käesolevas töös esitatud analüüs suhtub tehingumõiste karistusõigusautoomsesse tõlgendamisse kriitiliselt. Karistusõigusautoomse tehingumõiste põhjendused on eranditult kriminaalpoliitilise sisuga. Puuduvad süstemaatilised argumendid tsiviilõigusaktsessoorsuse eitamiseks. KarS § 217<sup>2</sup> koosseisu puhul tuleb teha põhimõtteline valik, kas püüda selle reguleerimisala mingil moel piiritleda või siis sihikindlalt seda võimalikult laia koosseisuna kasutada, mis annab võimaluse eetilisel taunitavate tegude võimalikuks kriminaliseerimiseks. Tehingumõiste puhul avaldub nimetatud küsimus selles, kas ärakasutamiskoosseisu esemena käsitada vaid olukorda, kus tsiviilõigus jaatab tehingu kehtivust välissuhtes, jättes kannatanule vaid nõude sisesuhtes rikkunud esindaja vastu, või siis hõlmata koosseisuga kõik esindatava kuritarvitused: tegutsemine esindusõiguseta või siis kooskõlas tehingu vastaspoolega (viimane teab, et sisesuhtes rikutakse). Viimastes olukordades ärakasutamiskoosseisu kohaldamine on vastuolus subsidiaarsuse ja fragmentaarsuse põhimõtetega: tsiviilõigus on tehingu kehtetuse näol juba näinud ette kannatanu õiguste kaitsmise meetmed ja seepärast on karistusõiguslikku lisasekkumise vajalikkus küsitav. Küll on ärakasutamiskoosseis vajalik välissuhtes kehtivate tehingute puhul, kus rikutud on vaid sisesuhtes.

## 4. Koosseisutunnus ebaseaduslik rikkumine

### 4.1. Rikkumine kui koosseisutunnus usalduse kuritarvitamise alamkoosseisudes

Õiguskorra ühtsuse põhimõte seab relatiivsete õigusmõistete sisustamisele põhimõttelise alampiiri: tsiviilõiguslikult lubatu ei saa kaasa tuua karistusõiguslikku vastutust. Eelneva seab kahtluse alla relatiivsetele õigusmõistetele nagu *valdus* ja *tehing* kohtupraktika poolt antud sisu, laiemas tähenduses aga karistusõiguslik varamõiste. Seega on võimalik, et relatiivsete õigusmõistete tõlgendus võib tsiviilõiguslikust tähendusest võõrduda ja katta hüvesid, mis tsiviilõiguse kui primaarse õigusharu poolt ei ole iseenesest kaitstud ehk siis tõlgendus ületab eelnevalt mainitud alampiiri. Eelkirjutatu on viinud nii üldmise subsidiaarsuse ja fragmentaarsuse eksistentsi küsitavuse rõhutamiseni nii karistusõiguses üldiselt kui ka kitsalt usalduse kuritarvitamist puudutavas kirjanduses: koosseisu sõnastuse ebamäärasus võimaldab seda kasutada kriminaalpoliitilistel kaalutlustel koosseisuelementide tehing ja varaliste huvide järgimise kohustus laiendada, sh selgelt tsiviilõigusaktseorsust eitava tõlgenduse kaudu.<sup>458</sup>

Viidatud kriitika tugineb suuresti argumendile, et õiguskorra ühtsuse põhimõttele vaatamata on relatiivsete õigusmõistete sisustamisel keeruline hinnata, kas nendele antav sisu võib olemuselt viia olukorrani, kus konkreetne koosseis kaotab oma subsidiaarse iseloomu. Sellise olukorra arvatavasti ilmekaim näide seoses usalduse kuritarvitamise koosseisuga seondub koosseisu rakendamisujuhtudega eraõigusliku juriidilise isiku juhtorgani liikme kohustuste rikkumiste korral, kui kohustuse rikkumise jaatamine sõltub juhtorgani liikme üldise hoolsuskohustuste sisustamisest. Juhtorgani liikme vastutust puudutavad tsiviilõiguslikud normid sätestavad vastutuse määratlemata õigusmõistete kaudu, seades eesmärgiks leida tasakaal ühingujuhi igapäevase tegevusvabaduse ja õiguslikult keelatu vahel. TsÜS § 35 sisustab juhtorgani liikme hoolsuskohustuse kui kohustuse täita oma seadusest või põhikirjast tulenevaid kohustusi juhtorgani liikmelt tavaliselt oodatava hoolega. Osauhingu ja aktsiaseltsi juhatuse liikmete puhul on nimetatud sätet täpsustavad normid sätestatud ÄS-s, mille § 186 lg 1 ja § 306 lg 2 seavad nii osauhingu kui ka aktsiaseltsi juhatuse liikmele kohustuse käituda majanduslikult otstarbekaimal viisil. Mõlemal juhul, nii tavaliselt oodatava hoole kui ka majanduslikult otstarbekaima käitumise näol, on tegu määratlemata õigusmõistetega, mille sisustamine on täies ulatuses kohtupraktika meelevaldas.<sup>459</sup>

Juhatusel liikme vastutus ärakasutamiskoosseisu puhul tähendab sisuliselt nimetatud hoolsuskohustuse tahtlikku rikkumist ja sellega põhjustatud suurt

<sup>458</sup> D. Schilling. Frankfurt(aM), 2009, lk 224 jj. Vt ka käesoleva töö ptk-d 1.3.2.1.–1.3.2.5

<sup>459</sup> Vt sissejuhatavalt: K. Saare. Eraõigusliku juriidilise isiku organi liikmete õigussuhtes. – Juridica 2010, 7, lk 487–488. I. Kull jt. Riigikohtu tsiviilkolleegiumi praktika seadusandja mõjutajana. – Juridica 2009, 8, lk 557–558.

varalist kahju. Nõukogu liikme tegevus võib olla hõlmatud kas usalduse murdmise koosseisu (TsÜS § 35 kui ühingu suhtes varaliste huvide järgimise kohustuse tekitav säte)<sup>460</sup> või teatud juhtudel ka ärakasutamiskoosseisu poolt (nt seoses nõukogu õigusega ühingu vara käsutada, nt juhatuse liikmete tasu määramisel ÄS § 314 kohaselt).

Käesolevas töös on võetud selge positsioon, et KarS § 217<sup>2</sup> on vähemalt ärakasutamiskoosseisu kohustuse mõiste sisustamisel täies ulatuses tsiviilõigusaktssesoorne – sisesuhte sisu määratletakse sarnaselt sisesuhtele käsundus-suhtes.<sup>461</sup> Varaliste huvide järgimise kohustuse tsiviilõigusaktssesoorse sisustamise kaalutlused sõltuvad sellest, kuivõrd nimetatud sädet samastada VÕS § 2 lg-s 2 esitatuga.<sup>462</sup>

Kohustuse sisu määratlemine ei ole samastatav kohustuse rikkumisega, mistõttu tuleb enne edasise analüüsi juurde asumist määratleda, millist koosseisu-elementi käesolevas peatükis esitatud analüüs puudutab. KarS § 217<sup>2</sup> sõnakasutus on kahe alamkoosseisu koosseisuteo kirjeldamisel mõnevõrra ebaühtlane ja segadustekitav. Usalduse murdmise koosseisu puhul seisneb koosseisutegu võõraste varaliste huvide järgimise kohustuse rikkumises. Tegemist on loogilise ja ammendava teokirjeldusega, mis tundub lähtuvat VÕS süstemaatikast (vt eelkõige VÕS § 100 sõnastus) kohustuse rikkumise defineerimisel: defineeritud on nii kohustus (olguigi, et üsna ebamääraselt)<sup>463</sup> ja sedastatud, et koosseisutegu seisneb kohustuse rikkumises. VÕS §-st 100 tuleneva kohustuse rikkumise ülddefiniitsiooni kohaselt seisneb see kohustuse mittetäitmisel või siis mittekohases täitmisel. KarS ei sätesta mingit kohustuse rikkumise definiitsiooni, küll on mõiste kohustuse rikkumine mainitud nt KarS §-de 157, 169, 170 objektiivsetes koosseisudes.

Ärakasutamiskoosseis seisneb usaldusseisundi ebaseaduslikus ärakasutamises. Nii see, et koosseisutegu on sisuliselt tehing ja rikkumine sisesuhtest tuleneva kohustuse rikkumine, on kohtupraktika ja õiguskirjanduses sedastatud kirjutamata koosseistunnustena.<sup>464</sup> Praeguse ni on ebaselge, mida tähendab mõiste *ebaseaduslik* ärakasutamiskoosseisus – nimelt peab koosseisu sõnastuse kohaselt ärakasutamine olema ebaseaduslik. Ühe tõlgendusvõimalusena on tegemist otsese viitega tsiviilõigusaktssesoorsele (koosseisutegu peab olema tsiviilõiguse mõistes keelatud, st lubatu ei saa olla keelatud), eelnev ei ühti täies ulatuses siiski ärakasutamiskoosseisu koosseisupärase teo – tehing – puudutava diskussiooniga.<sup>465</sup> Jääb selgusetuks, missugune sisuvahe on sellel, et ärakasutamiskoosseisu puhul peab sisesuhtest tulenevate kohustuste rikkumine ärakasutamise näol olema ebaseaduslik, ent usalduse murdmise puhul piisab vaid

---

<sup>460</sup> M. Kairjak. – Juridica 2010, 1, lk 24–34.

<sup>461</sup> Vt käesoleva töö ptk 2.2.

<sup>462</sup> Vt käesoleva töö ptk 2.1.4.

<sup>463</sup> Vt käesoleva töö ptk 2.1.1.–2.1.3.

<sup>464</sup> RKKKo 3-1-1-4-08, p 25. RKKKo 3-1-1-100-09, p 31.

<sup>465</sup> Vt käesoleva töö ptk 3.

pelgast kohustuse rikkumisest. Võimalik on siiski, et tunnus *ebaseaduslik* katab ka usalduse murdmise koosseisu, nagu katab selle koosseisu esimeses lauseosas toodud „seadusest või tehingust tuleneva” varaliste huvide järgimise kohustus. Seadusandja ega ka senine kohtupraktika ei ole eelnimetatud küsimustele vastust andnud. Kuna puudub süstemaatiline selgus, on ka käesolev analüüs paratamatult ebamäärase esemega: eelnevast tulenevalt on järgnev kohustuste rikkumist puudutav analüüs käsitletav koosseisutunnuste „ebaseaduslik” (ärakasutamiskoosseis) ja „kohustuse rikkumine” (usalduse murdmise koosseis) sisustamisena ja seetõttu on peatüki ese piiritletud kui koosseisutunnuse *ebaseaduslik rikkumine* sisustamisega seonduv, olgugi, et põhirõhk on *rikkumise* kui sellise lahtimõtestamisel.

## 4.2. Mõiste *rikkumine* sisustamine juhtorgani liikme üldise hoolsuskohustuse näitel

Vaatamata eeltoodud selgusetusele kohustuse rikkumise koosseisutunnuse osas KarS § 217<sup>2</sup> objektiivses koosseisus ja üldise hoolsuskohustuse laiale tähendusele on senine kõrgema kohtu praktika eeskätt juhatuse liikme vastutust puudutavaid küsimusi lahendanud üsna probleemitult. Kriminaalkolleegium on sarnaselt TsÜS § 35 puudutavale praktikale eristanud juhatuse liikme hoolsus- ja lojaalsuskohustust. Juhatuse liikme hoolsuskohustus sisustamisel on tuginetud hoolsuskohustust puudutanud tsiviilkolleegiumi praktikale. Olulise suunisena on kriminaalkolleegium rõhutanud, et juhatuse liikme kohustuste aluseks ei saa olla kohustused, mis on suunatud võlausaldajate huvide kaitsele.<sup>466</sup> Lisaks on kohtupraktikas eitatud juhatuse liikmete kohustuste tuletamist pelgast hea usu põhimõttest.<sup>467</sup>

Hoolsuskohustuse sisustamine võib siiski tekitada n-ö keeruliste olukordade lahendamise vajaduse, kus kriminaalasja arutav kohus peab hakkama sisustama TsÜS § 35 tulenevat juhtorgani liikme üldist hoolsuskohustust ja käituma kui tsiviilkohus. Tulemuseks võib olla olukord, kus KarS § 217<sup>2</sup> sisustamispraktikast saab omakorda TsÜS § 35 (ja üldist hoolsuskohustust täpsustavate ÄS vastavate sätete) sisustamispraktika. Eelnev eeldab, et kohustus ja selle rikkumine sisustatakse täies ulatuses tsiviilõigusaktseessoorselt. Iseenesest ei ole nimetatus – arvestades KarS § 217<sup>2</sup> sõnastusest tuletatavat kaudset viidet sellele, et see rakendubki tsiviilõigussuhetes, opereerides tsiviilõigusega seost omavate mõistetega – midagi ebatavalist ega taunitavat. Saksa StGB § 266 puhul on seesuguste järelduste valguses rõhutatud, et pigem taandub küsimus sellele, et koosseisu enda kui ka üldise hoolsuskohustuse sisu arvestades on tegemist olemuselt keeruliste tsiviilõiguslike tõlgendamisküsimustega, mistõttu on õiguskirjanduses viidatud riskile vastuolu tekkeks määratletuspõhimõttega.<sup>468</sup>

<sup>466</sup> RKKKo 3-1-1-61-09, p 12, RKKKo 3-1-1-89-11, p 20.3.1, 26.4.

<sup>467</sup> TMK 31.10.2008.a otsus kriminaalasjas 1-02-19 üldmenetluses.

<sup>468</sup> H. Satzger. B. Schmitt. G. Widmaier (Hrsg.). Köln, 2009, § 266 änr 31.

Sellises olukorras ei ole juhtorgani liige rikkunud mitte konkreetset põhikirjast või seadusest tulenevat sätet (nt lojaalsuskohustus)<sup>469</sup> või siis tegutsemine netovara piirangut rikkudes (ÄS § 176 ja § 301 vastavalt osauhinna ning aktsiaseltsi puhul),<sup>470</sup> vaid juhtorgani liikmele teatava otsustusruumi andvat üldist TsÜS §-st 35 tulenevat hoolsuskohustust.

KarS § 217<sup>2</sup> edasises sisustamispraktikas tuleks selle küsimuse lahendamisele asudes esmalt kohaldada StGB § 266 puudutavas kirjanduses esitatud F. Saligeri seisukohta, et n-ö selgete rikkumiste või lihtsate kaasuste puhul tuleb koosseis sisustada rangelt tsiviilõigusaktseessoorselt. Küll aga on määratletuspõhimõtte alusel kaheldud tsiviilõigusaktseessoorsusse puutuvalt üldise hoolsuskohustuse sisustamisse – antud seisukoha viljelejate juhtidee kohaselt ei saa karistusõigus laskuda keeruliste tsiviilõiguslike küsimuste lahendamisse, vaid peab määratletuspõhimõtte tagamiseks välja töötama selged (ja seega karistusõigusautonoomsed) juhised, eristamaks koosseisulelevantset rikkumist bagatellrikkumisest.<sup>471</sup> Seega realiseerub risk riivata määratletuspõhimõtet kui isiku teatavat ootust õiguskorra koherentsusesse samade asjaolude lahendamisel eelkõige olukorras, kus etteheide puudutab üldise hoolsuskohustuse rikkumist, mille kohta tsiviilõiguslikku tõlgenduspraktikat asjaolude lahendamise hetkeks pole. Saksa StGB § 266 puutuvalt on A. Dierlamm sellega seoses järeldanud, et sellises olukorras on juhatuse liikmel raske saada ülevaadet, millised õiguslikud järeloomid tema tegevus kaasa toob, teisisõnu tekib eelviidatud riive määratletuspõhimõttega.<sup>472</sup> Autori hinnangul on võimalik sarnane olukord ka KarS § 217<sup>2</sup> rakendamisel n-ö keeruliste juhtumite puhul.

Probleemi lahenduseks on Saksa StGB § 266 kohtupraktika n-ö keeruliste kaasuste lahendamisel asunud välja pakkuma mitmesuguseid kriteeriume, et vastutuse piire täpsustada: mingi funktsionaalse seose eeldamine rikkumise ja kohustuse vahel, ühingu sees teatavate menetlusnõuete täitmine (sh rikkumise olulisuse nõue) või subjektiivsele koosseisule suuremate nõuete esitamine. Ajaliselt kõige värskem on ettepanek traditsioonilise üldosalise instituudi objektiivse omistamise rakendamiseks, et välistada vastutus bagatellrikkumiste eest. Objektiivse omistamise küsimustele pööratakse tähelepanu käesoleva töö ptk-s 4.5.<sup>473</sup> Diskussiooni läte on viimase kümne aasta jooksul Saksamaa liidukohtu

<sup>469</sup> Vt näitena lojaalsuskohuste rikkumisest. – RKTko 3-2-1-41-05.

<sup>470</sup> Eelnev väide ei ole täiesti selge. – vt A. Ransiek. Risiko, Pflichtwidrigkeit und Vermögenschaden bei der Untreue. – ZStW 2004, 116, lk 672.

<sup>471</sup> Vt kokkuvõtvalt M. Kubiciel. Gesellschaftsrechtliche Pflichtwidrigkeit und Untreuestrafbarkeit. – Neue Zeitschrift für Strafrecht 2005, 7, lk 358–360.

<sup>472</sup> A. Dierlamm. – Strafverteidiger Forum 2005, 9, lk 400. M. Kubiciel. – Neue Zeitschrift für Strafrecht 2005, 7, lk 358. H. Satzger. B. Schmitt. G. Widmaier (Hrsg.). Köln, 2009, § 266 änr 31.

<sup>473</sup> Vt ülevaadet lahenduste kohta: M. Adick. Organuntreue (§ 266 StGB) und Business Judgment. Die strafrechtliche bewertung unternehmerischen Handelns unter Berücksichtigung von Verfahrensregeln. Frankfurt(aM), 2010, lk 52jj. F. H. Gerkau. Untreue und Objektive Zurechnung. Hamburg, 2008, lk 45–50. F. Saliger. – Online-Zeitschrift für Höchstrichterliche Rechtspredung im Strafrecht 2006, 1, lk 18 jj.

poolt menetletud kriminaalrajades tehtud lahendid, mis puudutasid nõukogu poolt juhatusele n-ö lahkumishüvitiste määramist (nn Mannesmanni otsus),<sup>474</sup> ühingu raha sponsorluseks kasutamist<sup>475</sup> ja vastutust kohustustevastase laenuandmise eest.<sup>476</sup> Kõigil loetletud juhtudel oli kriminaalkohus sunnitud sisustama juhtorgani liikme üldist hoolsuskohustust olukorras, kus etteheidet puudutav ühinguõiguslik positsioon Saksa õiguse kohaselt polnud täies ulatuses selge – tsiviilõiguslik tõlgendus sponsorluse ja juhatuse liikme hüvitistele oli pigem lubav, ent erandeid ei olnud selgelt kindlaks määratud.

Nagu eespool viidatud, on praegune KarS § 217<sup>2</sup> kohtupraktika juhatuse liikme vastutusega seonduvad küsimused lahendanud üsna kindlakäeliselt. Tuleb silmas pidada, et erinevalt StGB §-st 266 näeb KarS § 217<sup>2</sup> olulise erinevusena ette suure varalise kahju nõude, mis aga ei välista isiku vastutust katse eest.<sup>477</sup> Kokkuvõttes ei välista eelnev siiski, et ka Eesti kohtupraktika võib võtta suuna eelkõige juhatuse liikme üldise hoolsuskohustuse rikkumiste puhul koosseisu täpsustamise suunas. See tähendab, et n-ö raskete kaasuste lahendamisel võib tekkida eelkõige *ultima ratio* kaalutluste kohaselt küsimus sellest, kas igasugune rikkumine peab olema käsitletav koosseisupärase teona. Väärrib märkimist, et senine kohtupraktika on juba asunud juhatuse liikme üldist hoolsuskohustust sisustama kasutades selliste määratlemata õigusmõisteid nagu äririsk,<sup>478</sup> andes nii edasise praktika jaoks suunise, mille kohaselt võib juhatuse liikme vastutust ärakasutamiskoosseisu alusel jaatada, kui isik on võtnud põhjendamatu äririski. Milles see risk igal kindlal juhul seisneb, on kohtupraktika sisustada. Küll on ilmne, et eeltoodud juhul on koosseisu alusel tekkiv vastutus olulisel määral seotud määratlemata õigusmõistetega (küsimus, kuidas määrata riski ja selle põhjendamatu määra).

Edasise analüüsi parema jälgitavuse huvides esitatakse kaks hüpoteetilist kaasust mida edasiselt jooksvalt analüüsitakse:

Näidiskaasus 1. Edukalt meelelahutusäris tegutseva OÜ A (aastakäive u 42 miljonit eurot, 25 töötajat) ülevõtmise käigus Rootsi investori poolt määrab OÜ A nõukogu senisele kahele juhatuse liikmele lahkumishüvitises kokku 578 000 eurot senise tubli töö eest juhatuse liikmena ja äärmiselt asjatundliku tegevuse eest ülevõtmisfaasis, mille tulemusena sai osade vahetuskurss algselt pakutust 23% suurem. OÜ ei ole börsil noteeritud. OÜ juhatuse liikmed otsustavad oma lahkumise ja samuti ülevõtmise puhuks (ka selleks, et süstida töötajatesse kindlust uue osaniku heatahtlikkuses) korraldada töötajatele suure vastuvõtu ja peo, mille maksumus on kokku 45 000 eurot.

<sup>474</sup> BGH, Urt. v 12.12.2005 – StR 470/04 (LG Düsseldorf). – Neue Zeitschrift für Strafrecht 2006, 4, lk 214–218.

<sup>475</sup> BGH Urt. vom 6.12.2001 – 1 StR 215/01 (LG Offenburg). – Wistra 2002, lk 143–148.

<sup>476</sup> BGH, Urt. v 15.11.2001. 1 StR 185/01 (LG Mannheim). – Neue Zeitschrift für Strafrecht 2002, 5, 263–265. BGH, Urt. v 6.4.2000 – 1 StR 280/99 (LG Augsburg). – Neue Zeitschrift für Strafrecht 2000, lk 655–657.

<sup>477</sup> RKKKo 3-1-1-55-09 ja 3-1-1-61-09

<sup>478</sup> RKKKo 3-1-1-89-11, p 20.3.1.

Näidiskaasus 2. Krediidiasutuse juhatuse liige annab 18.12.2011. a otsusega lõp-liku nõusoleku lennundusvaldkonnas tegutsevale OÜ-le A krediidilimiidi suurendamiseks. 02.06.2012. a eestikeelsele Forbesile intervjuud andes teatab juhatuse liige, et peab lennundusvaldkonda praegu üliriskantseks valdkonnaks ega näe võimalust mingil viisil sellesse valdkonda laenude näol investeringuid anda. Kuu hiljem kuulutatakse välja OÜ A maksejõuetus. Krediidiasutuse laenust summas 500 000 eurot rahuldatakse pankrotimenetluse käigus 27 800 eurot. Hilisem Finantsinspektsiooni kontroll tuvastab, et krediidiasutuse sees ei olnud kehtestatud reegleid avalikkusega suhtlemiseks, samuti olid ilmsed puudused tol ajal kehtinud Basel II kriteeriumitest tuletatavates laenuandmise hindamis-süsteemides. Lisaks polnud krediidiasutuse vastavuskontrolli sisereeglistik kohane: polnud määratud isikut, kes oleks pidanud nimetatud kahele puudusele osutama.

Näide 1 põhineb osaliselt Saksa StGB § 266 puudutaval nn Mannesmanni lahendil, mille keskmes oli mobiilsideoperaator Mannesmanni nõukogu liikmete poolt juhatuse liikmetele pärast edukat ülevõtmist Vodafone Airtouch plc poolt määratud märkimisväärsed (u 16 miljonit eurot) lahkumishüvitised.<sup>479</sup> Sarnaselt Eesti õigusele taandus ka Saksa õiguses küsimus ärakasutamiskoos-seisu kohaldamisel aktsiaseltsi nõukogu liikmete üldise hoolsuskohustuse sisustamisele. Kaasust puudutav kirjandus rõhutab, et vähemalt tol hetkel puudus Saksa ühinguõiguses selge seisukoht juhatuse liikme lahkumishüvitiste (ingl *Appreciation Awards*) lubatavuse osas.<sup>480</sup> Pigem oli tegemist lubatava tegevusega.<sup>481</sup> Ka Eesti õigusesse ülekantuna on tegemist iseenesest keerulise näitega. OÜ A tegevusvaldkonnas ei ole ühtegi eriregulatsiooni juhtorgani liikmete hüvitiste osas.<sup>482</sup> ÄS § 314 lg 2 kohaselt peab nõukogu juhatuse liikme tasustamise korra ning tasude ja muude hüvede suuruse määramisel ning juhatuse liikmega lepingu sõlmimisel tagama, et juhatuse liikmele aktsiaseltsi tehtavate maksete kogusumma oleks mõistlikus vastavuses juhatuse liikme ülesannete ja aktsiaseltsi majandusliku olukorraga. Puudub vastavat küsimust reguleeriv tsiviilkohtute praktika. OÜ A ei ole noteeritud börsil, mistõttu ei ole tema suhtes vaikimisi kohaldatav hea ühingujuhtimise tava, mille p 2.2.3 seab konkreetsed

---

<sup>479</sup> BGH, Urt. v 12.12.2005 – StR 470/04 (LG Düsseldorf). – Neue Zeitschrift für Strafrecht 2006, 4, lk 214–218.

<sup>480</sup> Kirjanduses toodud seisukohtade kohaselt olid ühinguõiguse normid antud küsimuses sama ebamäärased kui hea usu põhimõte. – R. Hamm. Kann der Verstoss gegen Treu und Glauben strafbar sein? – NJW 2005, 1995. Otsust on kirjeldatud kui lootusetult ebamäärase usalduse kuritarvitamise ja AktG § 87 tuleneva hoolsuskohustuse kui laia sõnastusega norme kokkupõrkena. – A. Dierlamm. – Strafverteidiger Forum 2005, 9, lk 401.

<sup>481</sup> Ka kohus ise jõudis oma otsuses tasudega seonduvat tsiviilõiguskirjandust analüüsides seisukohale, et pigem olid need tasud lubatavad. – BGH, Urt. v 12.12.2005 – StR 470/04 (LG Düsseldorf). – Neue Zeitschrift für Strafrecht 2006, 4, 214–218.

<sup>482</sup> Vt nt üksikasjalikku seadust krediidiasutuste juhtorgani liikmete tasustamispoliitika kohta. – L. Käis. Krediidiasutuste juhatuse liikmete tasustamise poliitika. Krediidiasutuste seaduse 23. veebruaril 2011. a vastu võetud muudatused. – Juridica 2012, 1, lk 22–30.

reeglid juhatuse liikmete tasustamise kohta, ja võimaldaks selles sisalduvaid põhimõtteid arvestada AS § 314 lg 2 mõistete *mõistlik* ja *majanduslik olukord* sisustamisel.<sup>483</sup>

Iseenesest võiks näidiskaasuse 1 esimest episoodi arvestades jaatada, et otsuse sisu vastavus ühingu majanduslikule seisundile on olemas, küsimus taandub eelkõige juhatuse liikmete ülesannete ja tasu mõistlikkuse hindamisele. Sisuliselt peab kriminaalkohus KarS § 217<sup>2</sup> ärakasutamiskoosseisu rakendamise puhul asuma sisustama mõistet *mõistlik*. Viimase näol on vaieldamatult tegemist teatavaid eetilisi kaalutlusi sisaldava tõlgendustegevusega, mistõttu tõusetub taaskord küsimus sellest, kas koosseisu tõlgendamisel peaks lubavaks tunnistama eetilisi argumente. Näidiskaasuse 1 teine episood on iseenesest moraalsete kaalutlustega veelgi enam seotud: pole kahtlustki, et ühingul oli selle ürituse korraldamiseks piisavalt raha, küsimus on selles, kas raiskamine (või siis olukord, millele võib panna nime „toretsev tööandja”) kui selline peaks olema karistusõiguslikult hõlmatud.<sup>484</sup> Juriidilise isiku juhtorgani liikme hoolsuskohustust on sisustatud kui objektiivset käitumisstandardit või -juhist, millest juhtorgani liige peab lähtuma oma tegevuses õigusühetes juriidilise isikuga, tähendades eelkõige parimal viisil ning heas usus juriidilise isiku huvides tegutsemist.<sup>485</sup> Üldist hoolsuskohustust on praktikas sisustatud kui kohustust olla hoolas, otsuste vastuvõtmiseks piisavalt informeeritud ja kohustust mitte võtta aktsiaseltsile põhjendamatu riski.<sup>486</sup>

Näidiskaasus 2 on krediidasutuse juhatuse liikme üldise hoolsuskohustuse sisustamisel konkreetssem: vaidlust ei saa olla selles, et nimetatud kohustused on tavalise juhatuse liikme kohustustega võrreldes detailsemalt sisustatud.<sup>487</sup> KrAS § 48 lg-d 2-5 sätestavad juhatuse liikmetele kõrgendatud nõuded, mh on juhatuse KrAS § 55 lg 2 p 2 kohaselt kohustatud töötama välja krediidasutuse riskijuhtimise põhimõtted, lähtudes nõukogu poolt kinnitatud üldistest põhimõtetest ja kinnitama tagatiseta laenude andmise tingimused ja piirmäärad, sama seaduse § 55 lg 2 p 7 kohaselt korraldama krediidasutuse sisekontrolli süsteemi tõhusa toimimise ja tagama kontrolli selle üle, et krediidasutuse, selle juhtide ja töötajate tegevus oleks kooskõlas õigusaktidega, krediidasutuse juhtimisorganite kinnitatud dokumentide ja heade pangandustavadega.

---

<sup>483</sup> Hea Ühingujuhtimise Tava. – Kättesaadav: <http://www.fi.ee/failid/20050922HYT.pdf>, 25.04.13.

<sup>484</sup> Kaasuse antud osa näiteks on BGH kohtupraktika, kus ülikoolikliinikumi kirurgiaosakonna liikmed kasutasid ettevõtjate raha mh soodustuste saamiseks, samuti kasutati rahalisi vahendeid nt jõulupeo korraldamiseks. Kohtud eitasid antud vastutust. – vt U. Kindhäuser. B. Goy. Zur Strafbarkeit ungenehmigter Drittmittelwerbung – Zugleich eine Besprechung von BGH – 1 StR 372/ und BGH – StR 541/01. – Neue Zeitschrift für Strafrecht 2003, 6, lk 291–297.

<sup>485</sup> K. Saare. – Juridica 2010, 7, lk 487–488.

<sup>486</sup> RKTko 3-2-1-41-05, p 31.

<sup>487</sup> M. Kairjak – Juridica 2008, 7, lk 299–314. K. Saare. – Juridica 2010, 7, lk 488.

Nagu öeldud, on juhtorgani üldise hoolsuskohustuse kui ka juhatuse liikmete tulemustasudega seonduvalt tegemist tsiviilõiguslikult keerukate küsimustega. Nimetatud olukorda on süsteemiteoreetiliselt kirjeldatud kui olukorda, kus ammendava teokirjeldusega usalduse kuritarvitamise koosseis peab teostama eristuse vastutab/ei vastuta olukorras, kus süsteemist *majandus* on tulenemas süsteemile *õigus* redutseerimatut keerukust majandusele omaste mõistete nagu *Appreciation Awards* jne näol. Nimetatud süsteemist majandus tuletatavad mõisted – nagu ka käesoleva töö ptk-s 4.3. mainitavad riskitehingud – on majanduselus igapäevased, ent ühinguõiguse jaoks veel täies ulatuses lahendamata ehk siis ühinguõigus ei ole võtnud antud süsteemi *majandus* elementide osas positsiooni.<sup>488</sup> Eelnevalt esile toodud näidiskaasused on eelnevat silmas pidades täiendavat keerukust põhjustavad, kuna ebaselges õiguslikus olukorras tuleb need lahendada mitte primaarselt ühinguõiguslikult vaid karistusõiguslikku hinnangut andes – KarS § 217<sup>2</sup> kohaldamist hinnates. Sisuliselt peab karistusõigus hakkama tegelema küsimustega, millega ühinguõigus kui primaarselt antud küsimust reguleeriv õigusharu ei ole jõudnud veel tegeleda, kuigi mõistetavalt peaks see ajaliselt toimuma vastupidi – karistusõigus kohaldab kas siis tsiviilõiguslikke põhimõtteid (seisukoht, kas tulemustasu on üldise hoolsuskohustuse vastane) või siis ei kohalda. Küll aga eeldaks nii õigusliku koherentsuse kui ka õigusselguse põhimõtte, et tsiviilõigusaktseorsuse eitamine (ja paraku ka sellega veel täiendava keerukuse põhjustamine süsteemi *õigus* siseselt) peaks toimuma viisil, kus on selge, mida eitatakse – KarS § 217<sup>2</sup> rakendamisel jütakse seisukohale, et olgugi, et tsiviilõiguses on küsimus lahendatud nii, on õiguskorra huvidest vm argumentidest tulenevalt põhjendatud kõrvalekaldumine.

### **4.3. Olulisuse nõue üldise hoolsuskohustuse rikkumise puhul**

#### **4.3.1. Hoolsuskohustuse rikkumise n-ö keeruliste juhtumite puhul**

Kohustuse rikkumisega seonduv diskussioon on Saksa StGB § 266 puudutavas õiguskirjanduses ja kohtupraktikas tõusetunud eeskätt seoses juriidilise isiku juhtorgani liikme üldise hoolsuskohustuse rikkumise ning riskitehingute tegemisega juhatuse liikmete poolt. Diskussioon on käsitletav ajaliselt üsna hiljutise rõhuasetusena.

Riskitehingu mõistet ei ole seni Eesti õiguses ja õiguskirjanduses autorile teadaolevalt kasutatud. Riskitehing on üldistatult iga tehing, mille puhul tehingu vastaspoole vastusooritus ei järgne kohe (kaupade ülekandmine hiljem,

---

<sup>488</sup> P-A. Albrecht. In *Treue gegen die Untreue*. – R. Michalke ua (Hrsg.). FS Hamm. Berlin, 2008, lk 9–11, 15–19.

järelmaks).<sup>489</sup> Peaasjalikult on seda mõistet laiendatud laenulepingutele,<sup>490</sup> ent mõiste abstraktsuse tõttu on võimalike tehinguliikide arv üsna lõputu – tavalistest laenulepingutest kuni investeringuteni uutesse toodetesse või tundmatutele turgudele,<sup>491</sup> vastutuse ülevõtmisele jne.<sup>492</sup> Riskitehingu mõistes ei sisaldu midagi etteheidetavat, majanduskäivet arvestades on tegemist sotsiaalselt adekvaatsete tehingutega, mille puhul on tehingu realiseerumise osas teatav ebakindlus.<sup>493</sup> Olemuselt on riskitehing toimepanija poolt teostatud ettevõtlusega seotud otsus, mille raames ta ei tea, kas see viib varalise kasu või kahjuni. Kui vastav risk realiseerub, ei tohiks see omakorda kaasa tuua kohustuste rikkumist, kuna olemuselt on sellised tehingud igapäevaselt ettevõtluses adekvaatsed ja soovitud.<sup>494</sup> Riskitehingute probleemsus koosseisu jaoks seisneb nimetatud tehingute puhul rikkumise määratlemises – nagu märgitud, on tegemist iseenesest sotsiaalselt adekvaatsete tehingutega, mistõttu nimetatud tehingute tegemise liigsel kriminaliseerimisel on *ultima ratio* riive oht.<sup>495</sup> Seepärast tuleb kindlaks määrata lubamatu riski määr, millest üleastumine on käsitletav rikkumisena usalduse kuritarvitamise seisukohalt.<sup>496</sup> Eesti õiguse seisukohalt on RKTK andnud üldise suunise, mille kohaselt ei tohiks äriühingu juhatuse liige võtta ühingu põhjendamatu riski.<sup>497</sup> RKKK on sisustanud juhatuse liikme üldist hooldsuskohustust põhjendamatu äririski kriteeriumiga, täpsustamata küll, milles see konkreetsetel seisneb.<sup>498</sup> Vähene antud küsimust puudutav kohtupraktika on jaatanud juhatuse liikme vastutust KarS § 217<sup>2</sup> alusel tagatiseta laenu andmisel, kui hilisemalt kuulutati laenusaja suhtes välja püsiv maksejõuetus.<sup>499</sup> Kui isiku sisesuhtest tulenevalt on igasugune riskitehingu tegemine keelatud, on see iseenesest lihtne – rikkumine on juba vastava tehingu sõlmimine. Kui sisesuhe võimaldab riskitehingute sõlmimist ja väga sageli eeldab seda – nt varahaldurite puhul kapitaliturgudel –, on lubatamatu riski määratlemine

<sup>489</sup> U. Murmann. Untreue (§ 266 StGB) und Risikogeschäfte. – Juristische Ausbildung 2011, 8, lk 562–563.

<sup>490</sup> BGH, Urt. v 15.11.2001. 1 StR 185/01 (LG Mannheim). – Neue Zeitschrift für Strafrecht 2002, 5, lk 263–265.

<sup>491</sup> Ühe näitena riskitehingust tuuakse toote käibesse laskmist äriühingu poolt, mis võib turuolukorda arvestades tuua olulise kasumi, ent ei toote mõjusid ega turuolukorda ei ole ühing sügavuti analüüsinud. – A. Bräunig. Berlin, 2011, lk 174.

<sup>492</sup> M. Adick. Frankfurt(aM), 2010, lk 52.

<sup>493</sup> U. Kindhauser. U. Neumann, H-U. Paeffgen. Baden-Baden, 2010, § 266 änr 73–75. R. Hefendehl. O. Hohmann (Hrsg.). München, 2006, § 266 änr 200.

<sup>494</sup> B. v. Heintschel-Heinegg. München 2010, § 266 änr 19.

<sup>495</sup> T. Luttermann. – Wistra 2012, 7, lk 252.

<sup>496</sup> Vt nt TsÜS kommentaarides esitatud seisukohta, mille kohaselt eeldab juhatuse liikme üldine hooldsuskohustus riskide hindamist, kuna kogu majanduslik tegevus eeldab mingite riskide võtmist. Eeltoodust tulenevalt tuleb riske optimaalselt maandada. – P. Varul jt (koost.). Tallinn, 2010, § 35 komm 3.2.3.

<sup>497</sup> RKTKo 3-2-1-41-03, RKTKo 3-2-1-45-03.

<sup>498</sup> RKKKo 3-1-1-89-11, p 20.3.1.

<sup>499</sup> HMK 09.03.2012.a otsus kriminaalasjas 1-12-1652 kokkuleppemenetluses.

keerulisem ja eeldab konkreetsete valdkonna alusnormide kindlaks tegemist.<sup>500</sup> Karistusõigus on antud olukorras raskustes:<sup>501</sup> usalduse kuritarvitamise koosseisu laiahaardelisus toob kaasa selle, et see rakendub potentsiaalselt kõigile vähegi riskantsetele rikkumistele.<sup>502</sup> Ebamäärasus tingib riski, et sisuliselt loobutakse kohustuse rikkumise sedastamisest ja lähtutakse vaid kahjust – kuna kahju on tekkinud, on kindlasti olemas ka rikkumine.<sup>503</sup> Mõistetavalt on selline lahendus dogmaatiliselt ebaõige, seda enam, et kohustustevastase laenuandmise puhul on kahjuga seonduvad probleemid veel eraldiseisvalt olulised: mida teha siis, kui vahepeelsele laenusaaja vahepeelsele likviidsusraskusele ja kohustuse rikkumisele laen siiski tasutakse.<sup>504</sup> Eelnevad kaalutlused rakenduvad näidiskaasuse 2 puhul: laenusaaja maksejõuetus on niikuinii laenulepingu kui riskitehingu siseomane risk. Saksa StGB § 266 puudutav õiguskirjandus on jaatanud kohustuse rikkumisena laenu andmisel igakülgse laenusaaja riskide hindamise põhimõtte riivet,<sup>505</sup> ent kahelnud selles, kas rikkumisena käsitada vaid pelga vastavuskontrolli süsteemi sisseseadmata jätmist.<sup>506</sup>

Kui riskitehingute sõlmimisel on võimalik määratleda teatav kriteerium, mida juhtorgani liikme üldise hoolsuskohustuse sisustamisel määratleda, siis veelgi suuremad tõlgenduslikud probleemid tekivad pelga juhtorgani liikme üldise hoolsuskohustuse sisustamisel.<sup>507</sup> StGB § 266 puudutav tõlgenduspraktika on juhtorgani üldisest hoolsuskohustusest tulenevat teatavat otsustusruumi või -vabadust põhimõtteliselt jaatanud. Sarnaselt riskitehingute tegemisele – mis juba olemuselt sisaldavad teatud riski – põhinevad ka juhtorgani liikme poolt igapäevase ettevõtluse raames tehtavad otsused asjaolude hindamisel, mis on oma olemuselt teadlikult valeotsuse riski sisaldavad.<sup>508</sup> Küll on üldise hoolsuskohustuse sisustamine problemaatiline, mistõttu on reaalne oht, et ühinguõiguslike sätete laialivalguv iseloom kaotab koosseisu viimasedki kontuurid, nii on juhatuse liikme hoolsuskohustusi seostatud ühingu suuruse, tegevusviisi jms-ga.<sup>509</sup>

---

<sup>500</sup> U. Kindhauser. U. Neumann, H-U. Paeffgen. Baden-Baden, 2010, § 266 73–75. R. Hefendehl. O. Hohmann (Hrsg.). München, 2006, § 266 änr 201–204.

<sup>501</sup> M. Adick. Frankfurt(aM), 2010, lk 53–55.

<sup>502</sup> A. Ransiek. Risiko, Pflichtwidrigkeit und Vermögensnachteil bei der Untreue. – ZStW 2004, 116, lk 671.

<sup>503</sup> F. H. Gerkau. Hamburg, 2008, lk 17–18.

<sup>504</sup> W. Joecks – Juridica 2011, 4, lk 257–270. F. H. Gerkau. Hamburg, 2008, lk 21–23.

<sup>505</sup> Saksa Kreditwesengesetz § 18, mille Eesti vaste on eeskätt KrAS § 83 lg 3. Vt käesoleva töö ptk-s 2.2.2. märgitud kohtupraktika.

<sup>506</sup> H. Theile. Strafbarkeitsrisiken der Unternehmensführung aufgrund rechtswidriger Mitarbeiterpraktiken – Kann eine nichteinrichtung einer Compliance-Organisation eine strafbare Untreue nach § 266 StGB begründen? – Wistra 2010, 12, lk 459–460.

<sup>507</sup> Vt käesoleva töö ptk 4.1.

<sup>508</sup> B. v. Heintschel-Heinegg. München 2010, § 266 änr 19.

<sup>509</sup> M. Kubiciel. – Neue Zeitschrift für Strafrecht 2005, 7, lk 353, 355.

Raskused üldise hoolsuskohustuse (ja sellega seonduva ülemäärase riskitaluvuse) sisustamisel teevad võimalikuks laialivalguva sõnastusega usalduse kuritarvitamise koosseisu rakendada avalikkuselt negatiivset vastukaja saanud ühinguõiguslikes olukordades – esimese näitena eelnevalt viidatud Mannesmanni otsus, ent viimasel ajal üha enam 2000. aastate lõpu finantskriisi põhjuste analüüsiga seoses<sup>510</sup> –, kus teiste, klassikaliselt konkreetsete KarS koosseisude kohaldamine on raskendatud. Koosseis on teisi varavastaseid süütegusid analüüsides süstemaatiliselt õigustatud, võimaldades kaitset isikutele, kes oma vara kolmandatele isikutele hallata usaldavad: koosseisu eesmärk on modernsele majandussüsteemile omase vaheteo vara omamise ja vara haldamise tulenevaid riske varale läbi kohustustevastase vara haldamise kriminaliseerimise minimeerida. Eelnev tähendab muuhulgas, et seda on võimalik kohaldada mõneti kui klassikaristusõigust, rakendades seda avalikkuse eksteniivset tähelepanu nautivate ühinguõiguslike probleemide vastu.<sup>511</sup> Seda enam, et tasumäärasid puudutav diskussioon on aktuaalne ka ühinguõiguses (nn *executive greed*<sup>512</sup> teooriad),<sup>513</sup> mistõttu on eeskätt Mannesmanni otsust kirjeldatud kui kohtupraktika reaktsiooni avalikkuses moraalseid etteheiteid tekitanud temaatikale – juhatuse liikme hüvitistele.<sup>514</sup>

Õiguskorra ühtsusest tulenevalt peaks ka n-ö keerulisi juhtumeid – üldisesse hoolsuskohustusse puutuvalt – sisustama võimalikult tsiviilõigusaktse soorselt.<sup>515</sup> Tsiivilõiguslike normide kahetimõistetavuse puhul tähendab tsiviilõigusaktse soorsus ka seda, et kohtud peavad eranditult lähtuma tsiviilõiguslikest tõlgendusmeetoditest ja jõudma tulemusele neid kasutades. Eelnev kehtib eeskätt otsustuspädevust võimaldavate normide, nagu üldine hoolsuskohustus, puhul.<sup>516</sup> Range tsiviilõigusaktse soorsuse puhul sisustatakse kohustuse rikkumine täies ulatuses tsiviilõigusaktse soorselt, mõlema näidiskaasuse puhul järgneks vastutus eranditult siis, kui juhatuse liikme või nõukogu liikme kohustust saaks jaatada ka ÄS § 315 lg 1 tähenduses. Eelnev ei tähenda siiski

<sup>510</sup> W. Wohlers. – ZStW 2011, 4, lk 806. B. Schünemann. Wieder verbreitete Irrlehren zum Untreuetatbestand. – Zeitschrift für die Internationale Strafrechtsdogmatik 2012, 5, lk 188.

<sup>511</sup> H. Satzger. B. Schmitt. G. Widmaier (Hrsg.). Köln, 2009, § 266 änr 3. A. Ransiek. – ZStW 2004, 116, lk 636.

<sup>512</sup> Vt sissejuhatavalt. – K. M. Sheehan. The Regulation of executive compensation. Greed, Accountability and Say on Pay. Cheltenham, 2012, lk 4–7.

<sup>513</sup> K. Tiedemann. Der Untreuetatbestand – ein Mittel zur Begrenzung von Manazierbezügen? – bemerkungen zum “Fall Mannesmann”. – B. Heinrich ua (Hrsg.). FS Weber. Bielefeld, 2004, lk 319.

<sup>514</sup> Vt ülevaadet lahendiga seonduvast meediakajastusest. – P.-A. Albrecht. Berlin, 2008, lk 4–6.

<sup>515</sup> U. Murmann – Juristische Ausbildung 2011, 8, lk 564.

<sup>516</sup> A. Dierlamm. – Strafverteidiger Forum 2005, 9, lk 400. W. Wohlers rõhutab, et koosseisu sisustamisel peab rääkima tsiviilõigusaktse soorsusest, mitte aga tsiviilkohtu- või tsiviilõiguste adusaktse soorsusest, st kohustuse ja selle rikkumise sisustab ikkagi koosseisu kohaldav kohus, kasutades küll sisustamiseks tsiviilõiguslike tõlgendusvormeleid, ent vajaduse korral kohaldes ka määratletuspõhimõtet. – W. Wohlers. – ZStW 2011, 4, lk 803.

mõistetavalt, et vastutuse tulemus oleks alati identne. Tsiviilõigusaktseessoorsus puudutab vaid kohustuse rikkumise küsimust, isik saab vastutada vaid tahtliku rikkumise eest, st kohustuse rikkumine peab olema toime pandud vähemalt kaudse tahtlusega. Range tsiviilõigusaktseessoorsuse näiteks on eespool viidatud senine RKKKo praktika, mis on valutult sisustanud koosseisu tsiviilõiguslikust praktikast tulenevalt. Küll ei ole kindlust, kuidas eelnimetatud seisukohti kohaldada olukorras, kus tsiviilõiguslik tõlgenduspraktika on segane või siis puudub sootuks. Selles olukorras on iseenesest oht, et kriminaalasja arutav kohus võib hakata tsiviilõiguslikke mõisteid sisustama muu hulgas kriminaalpoliitilistest kaalutlustest lähtuvalt.<sup>517</sup> Eelneva pinnalt tuleb aktseessoorsusele omistada ka teatava ettenähtavuse kindlustaja roll: tsiviilõigusliku tõlgenduse mitmeti mõistetavuse ja –võimaluste puhul saab karistusõigus kriminaliseerida vaid käitumise, mis primaarnormidest selgelt, ettenähtavalt ja üheselt välja tuleb. Kui normid on ebaselged, st ei ole võimalik kindlaks teha kohalduvat normi või siis tõlgendust, on aktseessoorsuse roll olla karistusõiguslik korrektiiv ebaselgete pädevusnormide puhul – kohustuse rikkumist ei saa sellisel juhul jaatada.<sup>518</sup>

### 4.3.2. Rikkumise olulisuse nõue kui võimalik lahendus

Saksa StGB § 266 puudutav kohtupraktika on n-õ keeruliste juhtumite jaoks asunud välja töötama eri vormeleid, võimaldamaks vähemalt mingitki etteennustatavust. Selleks et maandada ühinguõiguslike reeglite ebamäärasusest põhjustatud riske, asus koosseisu rakenduspraktika esmajoones võimalikult rangelt sisustama subjektiivse koosseisu (kaudse tahtluse) nõudeid. Sellist suundumust kritiseeriti tugevalt kui koosseisu süstemaatika poolest ebaõiget, kuna subjektiivsete nõuete täpsustamisel jääb endiselt üles küsimus, kuidas määrata objektiivse koosseisu elemendid, mida vastav tahtlus peab katma. Kui kohustuse rikkumise mõiste on ebaselge, ei vähenda ebaselgust kuidagiviisi, kui tahtluse nõudeid karmistada. 2000. a alates hakati kohtupraktikas ja õiguskirjanduses keskenduma juhtorgani liikme otsuse tegemise reeglitele (või ka nn mängureeglitele).<sup>519</sup> Nii saab sedastada rikkumist juhul, kui otsuse tegemisel on rikutud mingeid ühinguõigusseid otsustamisega seonduvaid reegleid.<sup>520</sup>

Kahes juhatuse liikme poolt krediidasutuse nimel laenuandmist puudutavas lahendis (vastavalt 06.04.2000. a<sup>521</sup> ja 15.11.2001. a<sup>522</sup>) ning eraõigusliku

<sup>517</sup> W. Wohlers. – ZStW 2011, 4, lk 806.

<sup>518</sup> A. Dierlamm. – Strafverteidiger Forum 2005, 9, lk 400. F. H. Gerkau. Hamburg, 2008, lk 564–565.

<sup>519</sup> M. Kubiciel. – Neue Zeitschrift für Strafrecht 2005, 7, lk 356.

<sup>520</sup> F. H. Gerkau. Hamburg, 2008, lk 45–50.

<sup>521</sup> Kohus tuvastas krediidasutuse juhatuse liikme rikkumise selles, et laenuandmise otsuse tegemise hetkel ei olnud veel avalikustatud laenusaja eelmise majandusaasta aruannet. Kohus mõõnis, et olemuselt on iga laenuandmine riskist kantud tehing, mistõttu on enne laenu andmist vaja kaaluda mitmesugust informatsiooni, et riskiga seotut hinnata. Kui selline hindamine on hoolsalt tehtud, ei saa rääkida kohustuste rikkumisest. Kohustuste rikkumisest

juriidilise isiku poolt jalgpalliklubi spondeerimist puudutavas 06.12.2001. a lahendis<sup>523</sup> kasutas BGH olulise rikkumise (sks *Gravierende pflichtverletzung*) mõistet esimest korda. Olulise rikkumise üldise kirjelduse kohaselt ei ole iga juhtorgani liikme kohustuste rikkumine vaikimisi käsitatav koosseisu raames vastutust tekitavana, see peab vastama teatud kriteeriumitele, et saaks jaatada isikul lasuva kas varaliste huvide järgimise kohustuse või sisesuhtest tuleneva kohustuse rikkumist. Siinkohal tuleb rõhutada, et monistliku teooria tulemusena ei tee kohtupraktika enam märkimisväärset vahet sellel, kas konkreetsel juhul on tegemist usalduse murdmise või ärakasutamiskoosseisu mõistes kohustusega – kuna kohtupraktika on jaatanud varaliste huvide järgimise kohustust ka ärakasutamiskoosseisu puhul (st ka juhtorgani liikmel peab lisaks sisesuhtest tulenevatele kohustustele olema varaliste huvide järgimise kohustus vastava eraõigusliku juriidilise isiku suhtes).<sup>524</sup> Eelnevast tulenevalt ei ole võimalik ka enam täpselt eristada, kas olulise rikkumise nõue on kummagi alamkoosseisu puhul kuidagi sisult erinev.

Kokkuvõtvalt on Saksa StGB § 266 kohtupraktikas seotud kriteeriumid järgmised:

1. Otsuse ebaoproportsionaalsus ühingu kasumlikkuse ja varalise seisundiga. Rikkumine ei ole oluline, kui see ühingu likviidsust ei ohusta ega ka mõjuta.
2. Informatsiooni- ja osalusõuete rikkumine. Rikkumine on oluline kui otsusega seonduvalt varjatakse või siis fabritseeritakse mingeid asjaolusid, otsuse põhjendusi ei ole võimalik piisaval määral või üldse võimalik esitada, otsusega seotud informatsiooni ei jagatud ühingu-siseselt.

---

võiks rääkida siis, kui informatsioonikohustust ei ole järgitud, otsustajatel ei ole vastavat otsustusõigust, laenu ei kasutata eesmärgipäraselt, ületatakse laenu ülemmäära või otsustajad tegutsevad omakasu eesmärgil. – BGH, Urt. v 6.4.2000 – 1 StR 280/99 (LG Augsburg). – Neue Zeitschrift für Strafrecht 2000, lk 655–657.

<sup>522</sup> BGH, Urt. v 15.11.2001. 1 StR 185/01 (LG Mannheim). – Neue Zeitschrift für Strafrecht 2002, 5, 263–265.

<sup>523</sup> Kohus sedastas esmalt, et teatava otsustusruumi andmine juhatuse liikmetele ühingu vara kasutamisel on igati loomulik. Puudus selgus selles, millistel tingimustel on sponsorlus lubatud või mitte – iseenesest on ühingu vara kasutamine sponsorluse vm heategevuslikul eesmärgil lubatud. Puuduliku tsiviilõigusliku selguse vältimiseks nentis kohus, et mitte igasugune rikkumine ei ole käsitatav koosseisurelevantsena, vaid rikkumine peab olema oluline: sel puudub seos ühingu eesmärkidega, ei sobi varalise seisundiga, sisemise läbipaistvuse puudumine, ebasobiva motiivi olemasolu (mh ka isiklik motiiv). – BGH Urt. vom 6. Dezember 2001 – 1 StR 215/01 (LG Offenburg). – Wistra 2002, lk 143–148. Vt kriitiliselt: K. Beckemper. Anmerkung zum BGH Urt. v 6.12.2001 – 1 StR 215/01 (LG Offenburg). – Neue Zeitschrift für Strafrecht 2002, 6, lk 324–326.

<sup>524</sup> Vt eelkõige käesoleva töö ptk 2.2.1. Vaheteo kadumisega seoses olulise rikkumise sisustamisel: A. Ransiek. – ZStW 2004, 116, lk 635.

3. Sobimatu motiiv. Otsuse motiiv on rahaliste vahendite kõrvaldamine või omakasu.
4. (Sisemise) otsustuspädevuse ületamine.<sup>525</sup>

Kõik kriteeriumid ei pea olema täidetud samal ajal, ent eeldatavasti ei piisa ainuüksi ühe täitmisest.<sup>526</sup> Nimetatud kriteeriumite täpne päritolu on ebaselge, olgugi et BGH on väitnud, justkui tegemist oleks ühinguõigusest tuletatud nõuetega.<sup>527</sup> Pigem on nimetatud kriteeriumite näol tegemist kohtupraktika püüdega sisustada koosseis majandustegevuse suhtes relevantseid rikkumisi, nimetatute seos kas ühinguõigusega, või siis kitsamalt krediidasutuste õigusega, ei ole vahetu.<sup>528</sup> Sarnaselt ebaselgusega nimetatud kriteeriumite täpse päritolu kohta tuleb rõhutada, et nende kriteeriumite valitsevus kohtupraktikas ei ole samuti täies ulatuses kinnistunud.<sup>529</sup> eelnevalt mainitud Mannesmanni otsuses rõhutas BGH, et olulise rikkumise nõue kui selline ei ole kõikide juhtorgani liikmete vastutuse juhtumitel määrav, ja piisab vaid sellest, et isik on rikkunud temal lasunud tsiviilõiguslikke kohustusi,<sup>530</sup> eitades nii igasugust puhvertsooni pelga tsiviilõiguslike kohustuste rikkumise ja vastutuse vahel.<sup>531</sup> Kohus on laenuandmisi puudutavate kaasuste puhul antud nõuet kohaldanud, eitanud seda aga nõukogu liikmete vastutust puudutavas eelviidatud olukorras, ja juhatuse liikmete puhul küll möönnud, et rikkumine peab olema oluline, ent on kasutanud selleks lihtsustatud kriteeriume, võrreldes eesitatud kriteeriumitega.<sup>532</sup> Tuleb märkida, et olulise rikkumise nõudele viitas ka siinse töö ptk-s 2.1.2.4 esitatud Saksa konstitutsioonikohtu 23.06.2010. a otsus. Samas ei

<sup>525</sup> R. Hefendehl. O. Hohmann (Hrsg.). München, 2006, § 266 änr 156–159.

<sup>526</sup> Samas, § 266 änr 160.

<sup>527</sup> A. Dierlamm. – Strafverteidiger Forum 2005, 9, lk 402–403. Tasub märkida, et RKTKo on juhatuse liikme hoosuskohustust sisustanud kui kohustust olla hoolas, otsuste vastuvõtmiseks piisavalt informeeritud ning ta ei tohi võtta aktsiaseltsile põhjendamatuid riske. – RKTKo 3-2-1-41-05, p 31.

<sup>528</sup> A. Bräunig. Berlin, 2011, lk 132jj.

<sup>529</sup> Kuna eksisteerib ebaselgus, kas nimetatud instituuti kohaldada kõigi üldise hoosuskohustuse rikkumiste hindamisel või siis olukorras, kus tsiviilõiguslik raamistik on ebaselge, on kirjanduses pigem lähtutud eeldusest, kus seda käsitletakse küll eraldiseisva instituudina, ent hoidutakse andmast selgeid suuniseid, millisel juhul kriteeriumit kohaldama peaks. U. Kindhauser. U. Neumann, H.-U. Paeffgen. Baden-Baden, 2010, § 266 änr 75a–75b.

<sup>530</sup> Kohus rõhutas, et eelnimetatud juhised on eelkõige riskitehingute puhul kohaldatavad, olgugi, et oli varasemalt rakendanud neid ka nt ühingu vara kasutamisel sponsorluseks. – BGH, Urt. v 12.12.2005 – StR 470/04 (LG Düsseldorf). – Neue Zeitschrift für Strafrecht 2006, 4, 214–218. Vt ülevaatlikult H. Theile. Konvergenzen und Divergenzen zwischen Gesellschaftsrecht und Strafrecht Das Merkmal der gravierenden Pflichtverletzung (§ 266 StGB) aus systemtheoretischer Sicht. – Zeitschrift für die internationale Strafrechtsdogmatik 2011, 7, lk 617–619.

<sup>531</sup> V. Volk. Untreue und Gesellschaftsrecht. Ein Dschungelbuch. – R. Michalke ua (Hrsg.). FS Hamm. Berlin, 2008, lk 804.

<sup>532</sup> H. Satzger. B. Schmitt. G. Widmaier (Hrsg.). Köln, 2009, § 266 änr 40,41. H-W. Laufhütte. R. Rissing-van Saan. K. Tiedemann (Hrsg.). Berlin, 2012, § 266 änr 96.

võtnud kohus mingit seisukohta olulise rikkumise nõude rakendamisel ja valitsevuse küsimuses.<sup>533</sup>

Eelnevale vaatamata on antud instituudiga seonduva diskussiooni lühi-ülevaade KarS § 217<sup>2</sup> edasise rakenduspraktika osas puutuvalt n-ö rasketesse kaasustesse oluline. Nagu eespool märgitud, on nimetatud kriteeriumi peaesmärk ebamääraste kohustuste puhul eristada *ultima ratio*'st kantuna n-ö olulist ja karistusväärset. Tegelikuses on eelnimetatud kriteeriumite abstraktsus ja karistusõigusautonoomsus võimeline põhjustama olukorra, kus oluliseks saab pidada üldise hoolsuskohustuse rikkumist, millele nt aktsiaseltsi puhul AS § 315 lg 1 alusel vastutust ei järgne – olulise rikkumise kriteerium n-ö hakkab elama oma elu.<sup>534</sup> Sisulise kriitika kohaselt viivad olulise rikkumise nõuded olukordadeni, kus juhatuse liikme hoolsuskohustuse rikkumist ei ole võimalik jaatada selliste suure bilansimahuga ettevõtete puhul, mis on piisavalt kasumlikud.<sup>535</sup> Paraadnäitena tuuakse olukord, kus majanduslikult eduka emaühingu juhatuse liikmed teevad kooskõlastatud otsuse kinkelepingu alusel anda tütarühingule 1 miljon eurot põhjendusega, et küllap on seda raha tütarühingul vaja.<sup>536</sup> Ka näidiskaasuse nr 1 puhul tuleb eelviidatud olulise rikkumise kriteeriume silmas pidades vastutust eitada, sest nii kulutused töötajate ühisürituse kui ka hüvitiste määramise kohta olid ühingu varasid silmas pidades väikese osakaaluga, eeldusel, et nõukogu ja juhatuse otsused omavahel piisavalt kooskõlastanud ja neid põhjendanud (tähtis on vaid see, kas otsus on mingil viisil põhjendatav – kasvõi vajadus töötajatele kinnitada, et uus investor jätkab senise juhtimisstiili rakendamist). Esimese kriteeriumi suundumust viia pealtnäha kummaliste lahendusteni on kritiseeritud ka näidiskaasuse 2 esimese episoodi puhul: niikaua, kuni on ilmne, et laenuandmine ei omanud krediidi-asutuse usaldatavusnormatiivide seisukohalt olulist mõju, on sisu poolest lubatud põhjendamatu riski võtmine.<sup>537</sup>

Lisaks esimese kriteeriumi – otsuse suhe ühingu majandusliku olukorraga – on kritiseeritud ka läbipaistvuse nõuet, pidades seda ühinguõigusest mitte mingil moel tuletatavaks – nõue, et juhtorgani liikmed informeeriksid teineteist ja sisuliselt otsustaksid koos (ehk siis informeeritu vaikelval nõusolekul), on

---

<sup>533</sup> Eelnevast tulenevalt on kirjanduses nenditud, et kohus kaitses äramainimisega isntuuti kriitika eest, ent ei kinnitanud selle valitsevust. – F. Saliger. – Online-Zeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht 2006, 1, lk 19. B. Schünemann. – Zeitschrift für die Internationale Strafrechtsdogmatik 2012, 5, lk 191–193.

<sup>534</sup> Riskile muust õigusest sõltumatu karistusõigusautonoomse mõiste tekkele viidati varases eelnimetatud BGH otsuste järgses kirjanduses. – D. Sauer. Anmerkung zum BGH Urt. vom 6. Dezember 2001 – 1 StR 215/01 (LG Offenburg). – Wistra 2002, lk 466–467.

<sup>535</sup> F. Saliger. – Online-Zeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht 2006, 1, lk 20–21.

<sup>536</sup> H. Satzger. B. Schmitt. G. Widmaier (Hrsg.). Köln, 2009, § 266 änr, 42. F. Saliger. – Online-Zeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht 2006, 1, lk 21.

<sup>537</sup> P.-A. Albrecht. Berlin, 2008, lk 8.

peetud kummaliseks ja ühinguõigusevõõraks.<sup>538</sup> Suurimaks näiteks olulise rikkumise nõuete ebamääruse ja süstemaatilise vastuolulisuse osas (koosseisu siseselt) on peetud motiivi puudutavat – seda puudutav tegelikkuses subjektiivset koosseisu kuuluv,<sup>539</sup> seda enam, et ilmselt suures ulatuses nt KarS § 217<sup>2</sup> osas kindlasti sobimatu, kuna koosseisu objektiivses koosseisus on otsene viide § 201 lg-le 1. Nii on RKKK selgelt § 217<sup>2</sup> ja § 201 eristanud läbi enda või kolmanda isiku kasuks pööramise tahtluse.<sup>540</sup> Lisaks on kriteeriume kritiseeritud, kuna liigne rõhuasetus on pandud subjektiivsetele küsimustele, ja lõppeks on juhitud tähelepanu sellele, et praeguseni on ebaselge, millest üldse BGH sellised kriteeriumid tuletas: D. Saueri seisukoha järgi on ebasobiva motiivi kirjeldus Saksa StGB § 266 tõlgenduspraktikas niivõrd üldine, et on oht, et selle sisustamispraktika kaotab igasugused kontuurid.<sup>541</sup> Viimaks, olgugi et kohtupraktika püüdis väita, et eelnevad olulise rikkumise kriteeriumid on kui ühingu juhtimisega seotud reeglid, mis tulenevad ühinguõigusest, on nende päritolu ebaselge – selliseid reegleid Saksa ühinguõigusest vähemalt sellisel kujul väidetavalt kindlasti tuletada ei saa, need on tegelikult välja töötanud pigem majandusteadus.<sup>542</sup>

#### **4.4. Mõiste rikkumine sisustamine: range tsiviilõigusaktseessoorsus, asümmeetriline aktseessoorsus või karistusõigusautonoomne tõlgendus**

##### **4.4.1 Asümmeetriline tsiviilõigusaktseessoorsus ja varjatud karistusõigusautonoomsus**

Olulise rikkumise kriteeriumi positsioon StGB § 266 objektiivse koosseisu raames on ebaselge. Selle küsimuse käsitlused jagunevad kaheks, nimetatut käsitatakse kas asümmeetrilise tsiviilõigusaktseessoorsusena ja/või karistusõigusautonoomse rikkumise mõistena. Ebaselguse aluseks on BGH viidatud lahendite sõnakasutus, mille kohaselt ei piisa vastutuse jaatamiseks mitte igasugusest rikkumisest, vaid rikkumine peab olema oluline:<sup>543</sup> eelnev võib omakorda tähendada, et rikkumise jaatamiseks tuleb esmalt tuvastada, et põhimõtteliselt võib olla tegemist rikkumisega (nt näidiskaasuses 2 on ilmne, et rikutud on KrAS § 55 lg 2 p 7 tulenevat juhatuse liikme kohustust kehtestada kohased

<sup>538</sup> D. Sauer. – Wistra 2002, lk 467.

<sup>539</sup> R. Hamm. Kann der Verstoss gegen Treu und Glauben strafbar sein? – NJW 2005, lk 1995.

<sup>540</sup> RKKKo 3-1-1-100-09, p 29. Vt ka käesoleva töö ptk 3.2.2.

<sup>541</sup> D. Sauer. Anmerkung zum BGH Urt. vom 6. Dezember 2001 – 1 StR 215/01 (LG Offenburg). – Wistra 2002, lk 466.

<sup>542</sup> K. Lüderssen. Gesellschaftrechtliche Grenzen der strafrechtlichen Haftung des Aufsichtsrats.– D. Dölling (Hrsg.). FS Lampe. Berlin, 2003, lk 733jj.

<sup>543</sup> Vt käesoleva töö ptk 4.3.1.

sisereeglid), ent täiendavalt tuleb hinnata selle rikkumise olulisust kui koosseisule eriomast kriteeriumi (asümmeetriline tsiviilõigusaktsssoorsus) või siis on koosseisu jaoks relevantne vaid eelnimetatud kriteeriumitele vastav rikkumine, mis oma olemuselt on oluline (oluline rikkumine kui rikkumine objektiivse koosseisu tasandil, karistusõigusautonoomne lähenemine).<sup>544</sup> Olukorras, kus KarS § 217<sup>2</sup> ebaseadusliku ärakasutamise koosseisutunnust puudutav kohtupraktika sisuliselt puudub, tuleb edasises praktikas seega tõsiselt kaaluda, kas eelkirjeldatud StGB § 266 kohtupraktikast üldse lähtuda. KarS § 217<sup>2</sup> sisustamise seisukohalt on kohane süüvida, millise tähenduse võiks olulise rikkumise olulisuse nõudele abstraktselt koosseisutasandil anda. Nagu eespool märgitud, on Saksa StGB puudutavas õiguskirjanduses seoses olulise rikkumise mõistega mainitud asümmeetrilise aktsssoorsuse ja karistusõigusautonoomse tõlgendamise käsitlusi. Etteruttavalt märgib siinse töö autor, et ei pea kummagi kohaldamist KarS § 217<sup>2</sup> rikkumise mõiste sisustamisel põhjendatuks.

Asümmeetrilise aktsssoorsuse kohaselt on olulise rikkumise instituudi näol tegemist nn teise astmega kohustuste rikkumise hindamisel. Primaarsel tasandil tuleb sedastada, kas isik on oma kohustusi rikkunud aluseks oleva õigusharu – juhtorgani liikmete puhul seega tsiviilõigus – tähenduses (negatiivne aktsssoorsus).<sup>545</sup> Primaarsel tasandil on rikkumise hindamise aluseks konkreetse õigussuhte sisu või sellele kohalduvad reeglid ja konkreetse kokkuleppe puudumisel õigussuhtele kohalduvad hoolduskohustust puuduvad sätted.<sup>546</sup> Seega ülekantuna KarS § 217<sup>2</sup> rikkumise sisustamise peaks kohus esmalt tuvastama kohustuse rikkumise e tsiviilõiguslikus mõistekasutuses mittetäitmise või mittekohase täitmise VÕS § 100jj tähenduses. Seejärel tuleb teise astmena hinnata, kas isiku rikkumine vastab täiendavatele kriteeriumitele, st rikkumine on oluline või siis vastab mingitele muudele kriteeriumitele. Olulise rikkumise puhul on tegemist karistusõigusele omase mõistega, mis sisustatakse karistusõigusautonoomselt. Kaheastmelise teooria mõte on selles, et oluline rikkumine peaks olema justkui lisafilter tsiviilõiguslikult n-õ keeruliste olukordade lahendamiseks.<sup>547</sup> Sellisel juhul välistab tsiviilõiguslik lubatavus ebaseaduslikkuse.<sup>548</sup>

Teisalt on olulise kohustuse instituuti peetud rikkumist koosseisu tähenduses ammendavalt sisustavaks. Sellise käsitluse puhul asümmeetrilist aktsssoorsust kohustuse rikkumise tasandil ei eksisteeri: olgugi, et kohustus kui selline on tuletatav primaarse õiguskorra normidest, on rikkumine karistusõigusautonoomne mõiste, rikkumine karistusõiguse tähenduses saabki olla rikkumine,

---

<sup>544</sup> Nimetatud ebaselgusele on eriti selgelt viidanud K. Beckemper. – K. Beckemper. – *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 2002, 6, lk 324–326.

<sup>545</sup> H. Satzger. B. Schmitt. G. Widmaier (Hrsg.). Köln, 2009, § 266 änr 31.

<sup>546</sup> H-W. Laufhütte. R. Rissing-van Saan. K. Tiedemann (Hrsg.). Berlin, 2012, § 266 änr 93.

<sup>547</sup> A. Dierlamm. – *Strafverteidiger Forum* 2005, 9, lk 400–403.

<sup>548</sup> T. Fischer (Hrsg.). München, 2012, § 266 änr 59.

mis vastab eeltoodud kriteeriumitele.<sup>549</sup> Seega on sisuliselt tegemist täies ulatuses karistusõigusautonoomse rikkumise mõistega, mingit rikkumist tsiviilõiguse tasemel tuvastada ei ole vaja.<sup>550</sup> Eelnev tugineb omakorda järeldusele, mille kohaselt ei ole tsiviilõigusliku rikkumise kohaldamine süstemaatiliselt õige koosseisu subjektiivset koosseisu silmas pidades: üldine hoolsuskohustus hõlmab mh ka rikkumisi, mis olemuselt ei vasta KarS tahtluse tegevusele. Hoolsuskohustust on tsiviilõiguslikus kohtupraktikas sisustatud kui kohustusi, mida on võimalik rikkuda ka nt raskest hooletusest. Viimase sisu ei vasta mingil kujul kaudse tahtluse voluntatiivse ja intellektuaalse külje nõuetele. Kui lähtuda tsiviilõiguslikust rikkumisest, tuleb seega jaatada mh ka kohustuse rikkumist raskest hooletusest, mis on iseenesest süstemaatiliselt tahtliku deliktstruktuuriga sobimatud. Seega kui üldse kaaluda mingit tsiviilõigusaktssuorsust, siis vaid negatiivses tähenduses ja seda õigusvastasust välistava asjaoluna.<sup>551</sup> Kui jaatada sellist lähenemist, on rikkumise mõiste vähemalt puutuvalt nõ rasketesse kaasustesse täies ulatuses karistusõigusautonoomne.

Enne edasise juurde asumist tuleb siinkohal rõhutada, et eelnev diskussioon puudutab eelnevalt kirjeldatud nõ raskeid kaasuseid, kus tuleb sisustada juhtorgani liikme üldist hoolsuskohustust ega välista seda, et eelnevalt viidatud olukordades, kus juhtorgani liige rikub selget kohustust – nt lojaalsuskohustus<sup>552</sup> – on rikkumise mõiste täies ulatuses tsiviilõigusaktssuorne ja seda saaks KarS § 217<sup>2</sup> puhul sisustada läbi VÕS § 100. Saksa StGB § 266 kohaldamispraktikat silmas pidades ei ole nõ lihtsatel rakendamisjuhtudel täielikku tsiviilõigusaktssuorsust ka eitatud, olgugi, et olulise rikkumise instituuti on püütud kohaldada kõigile rikkumistele. KarS § 217<sup>2</sup> puhul puuduvad vähemalt nõ lihtsatesse kaasustesse puutuvalt argumentid, miks ei võiks kohustuse rikkumist sisustada rangelt tsiviilõigusaktssuorselt, vastupidist tõlgendust ei toeta õiguskorra huvid, samuti on kaheldav ka, kuivõrd peaksid karistusõiguse ülesanded antud juhul erinema tsiviilõigusest.

Edasi tuleb kaaluda, kuivõrd on tsiviilõigusaktssuorsus KarS § 217<sup>2</sup> rikkumise mõiste sisustamisel põhjendatud ka n-õ keeruliste kaasuste puhul. RKKK on eelkirjeldatud kohustuse rikkumisega sarnast lähenemist kasutanud KarS § 385<sup>1</sup> (pankrotiavalduse mitteõigeaegne esitamine). Sarnaselt tunnuse „ebaseaduslik” kasutamiseiga kriminaliseeris KarS § 385<sup>1</sup> seaduses sätestatud pankrotiavalduse esitamise kohustuse täitmata jätmise. Eelnev koosseisu sõnastus tekitab varasemas tõlgenduspraktikas küsimusi koosseisu tsiviilõigusaktssuorsuse seisukohalt: kas sisustada maksejõuetust täies ulatuses PankrS § 1 lg-ga 2 kooskõlas, lähtudes isiku kohustuse rikkumisel ajutise halduri või pankrotimenetlust läbiviiva kohtu poolt sedastatud maksejõuetuse saabumise

---

<sup>549</sup> H. Satzger. B. Schmitt. G. Widmaier (Hrsg.). Köln, 2009, § 266 änr 41.

<sup>550</sup> M. Kubiciel. – Neue Zeitschrift für Strafrecht 2005, 7, lk, 357.

<sup>551</sup> H-W. Laufhütte. R. Rissing-van Saan. K. Tiedemann (Hrsg.). Berlin, 2012, § 266 änr 94.

H. Satzger. B. Schmitt. G. Widmaier (Hrsg.). Köln, 2009, § 266 änr 42.

<sup>552</sup> RKKKo 3-1-1-61-09.

ajaga. RKKKo eitas nimetatud lähenemist kahes järjestikuses täiskogu otsuses RKKKo 3-1-1-49-11 ja 3-1-1-85-11. Kolleegium andis detailsed juhised nii maksejõuetuse tekkimise sisulisele<sup>553</sup> kui ka menetluslikule<sup>554</sup> hindamisele, andes ühes sellega maksejõuetusele eeldatavasti PankrS § 1 lg 2 võrreldes täpsema sisu. Oluline on siinkohal, et kohus ei lähtunud selles küsimuses PankrS § 1 lg 2 varasemast sisustamispraktikast.

Olgugi, et eelnimetatud lahendite osas puudub seni õiguskirjandus, on autori hinnangul kolleegiumi eeldatavad kaalutlused sarnased eelnevalt viidatud kaalutlustega kohustuse rikkumise sisustamisel.<sup>555</sup> karistusõigus kui *ultima ratio* eeldab vastutuse teatavat ettenähtavust ja karistusõiguse sekkumist viimase abinõuna, kriminaliseerides intensiivseimad riived. KarS § 385<sup>1</sup> abstraktne sõnastus ei viidanud sellele, kas iseenesest peaks vastutust jaatama iga hilise pankrotiavalduse esitamisel ega kvantifitseeri seda mingil määral (kas vastutus tekib ka 2-päevase hilinemise eest). KarS § 385<sup>1</sup> tõlgenduspraktika varal võiks seega väita, et rikkumise kas täielikult karistusõigusautonoomne sisustamine või siis eelnevalt kirjeldatud asümmeetrilise aktsessoorsuse kohaldamine on põhimõtteliselt võimalik ka KarS § 217<sup>2</sup> puhul.

Jättes kõrvale küsimuse asümmeetrilisest aktsessoorsusest, on ilmne, et olulise rikkumise mõiste on karistusõigusautonoomne: küsimus on vaid selles, kas see karistusõigusautonoomne mõiste on n-ö teine aste, või kohustuse rikkumist tõlgendataksegi olulise rikkumise mõiste kaudu. Käesolevas töös on tõlgitud eelpool viidatud Saksa StGB § 266 tõlgenduspraktikast tuleneva kriteeriumi kui oluline rikkumine. Eelneva mõiste kasutamine võib olla teatud määral Eesti õiguse mõistekasutust silmas pidades keerukust põhjustav. VÕS § 116 lg 1 annab lepingupoolele õiguse lepingust taganeda või see üles öelda vaid olulise rikkumise puhul. Tegemist on täiendava kriteeriumiga VÕS § 100 antud rikkumise mõiste juures, mis rakendub vaid teatud õiguskaitsevahendite kasutamise eeldusena. Kohtupraktika on olulise rikkumise mõistet sisustanud kui lahtist, st rikkumise olulisus tuleb tuletada poolte kokkuleppesest või siis õigussuhte asjaoludest.<sup>556</sup> VÕS § 116 lg 2 sätestab avatud loetelu rikkumistest, mis on käsitatavad olulise rikkumisena: tahtlik rikkumine, rikuti kohustus,

---

<sup>553</sup> Kolleegiumi hinnangul selleks, et teha kindlaks, kas äriühing oli mingiks ajaks muutunud objektiivselt püsivalt maksejõuetuks, tuleb hinnata kõiki võlgniku majanduslikku olukorda mõjutavaid olulisi asjaolusid kogumis, keskendumata vaid ühele kriteeriumile või näitajale. Lisaks netovarale tuleb analüüsida ka teisi raamatupidamisandmeid, samuti võlgniku äriplaani perspektiivikut. – RKKKo 3-1-1-49-11, p 17–21.

<sup>554</sup> Ajutise pankrotihalduri aruande järelduslik osa on lubamatu tõend, sest seda pole koostanud ekspert. Osas, kus see ei sisalda eriteadmisi nõudvaid järeldusi, on tegemist dokumentaalse tõendiga. – RKKKo 3-1-1-85-11, p 34–35.

<sup>555</sup> Sama paralleel on toodud ka Saksa § 266 puudutavas õiguskirjanduses ja kohtupraktikas StGB pankrotisüütegudes maksejõuetusele antud kitsendava tõlgenduse puhul. – K. Tiedemann. Der Untreueatbestand – ein Mittel zur Begrenzung von Manazierbezügen? – bemerkungen zum „Fall Mannesmann”. – B. Heinrich ua (Hrsg.). FS Weber. Bielefeld, 2004, lk 322.

<sup>556</sup> RKTko 3-2-1-100-07.

mille täpne järgimine oli lepingust tulenevalt teise lepingupoole huvi püsimise eelduseks lepingu täitmise vastu, kohustuse rikkumise tõttu jääb kahjustatud lepingupool olulisel määral ilma sellest, mida ta õigustatult lepingust lootis jne. Seega tuleb silmas pidada, et olulise rikkumise mõiste on Eesti õiguses teelikult olemas.

#### 4.4.2. Range tsiviilõigusaktseessoorsus

Võimalik lahendus KarS § 217<sup>2</sup> sõltub suuresti lahendusest, kuidas suhestada eelviidatud alamkoosseisu näiliselt mittesobituv tunnus ebaseaduslik ja (kohustuse) rikkumine. Tasub märkida, et eeltoodud diskussioonis range tsiviilõigusaktseessoorsuse, asümmeetrilise tsiviilõigusaktseessoorsuse ja karistusõigusautonoomsuse vahel on osa autoreid lahendust seostanud otseselt küsimusega, kas sisustada koosseisutunnused normatiivsete või blanketsetena. Nii on tsiviilõigusaktseessoorse ja asümmeetrilise tsiviilõigusaktseessoorsuse puhul jaatatud, et kohustuse rikkumist kui sellist tuleb sellisel juhul käsitada blanketse koosseisutunnusena.<sup>557</sup> 23.06.2010.a Saksa konstitutsioonikohtu otsuse kommentaaride kohaselt on kohus siiski käsitlenud seda ammendava teokirjeldusega koosseisu normatiivse koosseisutunnusena.<sup>558</sup> Kui kohtupraktikas saab valitsevaks seisukoht, et KarS § 217<sup>2</sup> on ammendava teokirjeldusega koosseis ja kohustuse ebaseadusliku rikkumise mõiste on normatiivne koosseisutunnus, on RKKK turu manipulatsiooni juba varem sisustanud kui karistusõigusautonoomse mõiste.<sup>559</sup>

Asümmeetrilise tsiviilõigusaktseessoorsuse või karistusõigusautonoomset sisustamist ei saa põhjendatuks lugeda käesoleva töö ptk-s 1.3.2.1. märgitud RKKKo kriteeriumite alustel, mille puhul on tsiviilõigusaktseessoorsusest põhjendatud kõrvalekaldumine kui tuvastada antud küsimuses karistus- ja tsiviilõiguse erinevad ülesanded. Kui ptk-s 3 käsitletud quasi-tehingulaadse instituudi puhul oli võimalik täheldada mingeid (olguigi et väga tugevalt kriminaalpoliitilise varjundiga) argumente karistusõigusautonoomse mõiste toetamiseks, siis käesoleval juhul need puuduvad. Vastupidiselt nimetatud olukorrale, kus karistusõigusautonoomse tõlgenduse eesmärk oli teatud käitumise hõlmamine, mis tsiviilõigusaktseessoorse tõlgenduse puhul oleks olnud välis- tatud, on Saksa StGB § 266 näitel rikkumise mõiste erinevate karistusõiguslike teooriate tagapõhi pigem olla kitsendav, mitte laiendav, s.o. vastutuse vältimine bagatellrikkumiste eest või siis nõrgete kaasuste puhul. Samas on eelnevalt piisavalt ilmekalt osutatud, et paralleelmõiste sisu võib viia koosseisu instrumentaliseerumise ja moraliseerumiseni: rikkumiseks loetakse käitumisi, mida tsiviilõigus etteheidetavaks iseenesest ei pea (või vähemalt ei ole antud küsimuses konkreetset seisukohta lubatavuse osas võtnud). Seega on süstemaatilise

<sup>557</sup> B. Schünemann.– Zeitschrift für die Internationale Strafrechtsdogmatik 2012, 5, lk 188.

<sup>558</sup> K. Tiedemann. Bielefeld, 2004, lk 322. H.-W. Laufhütte. R. Rissing-van Saan. K. Tiedemann (Hrsg.). Berlin, 2012, § 266 änr 99.

<sup>559</sup> Vt tekst alamärkus 418 juurde.

koherentsuse seisukohalt põhjendatud kaaluda rikkumise rangelt tsiviilõigusaktssessorset sisustamist. Tuleb rõhutada, et pigem on tsiviilõigusaktssessorset toetav ka õiguselguse argument: risk selgusetuse tekkeks nõ raskete kaasuste puhul on eriti kõrge.

StGB § 266 puudutavas õiguskirjanduses on rikkumise olulisuse lisanõuet kui kirjutamata koosseisutunnust peetud juba ainuüksi subsidiaarsuse põhimõtte kohaselt lubatavaks, vastutust piirava koosseisutunnuse lisamine koosseisu ei ole iseenesest vastuolus ka määratletuspõhimõttega.<sup>560</sup> Nagu eespool viidatud, on teatav ebaselgus eelmise nõude täpsema asetuse kohta objektiivses koosseisus. Kokkuvõttes taandub küsimus sellele, kas olulise rikkumise nõue on käsitatav n-õ teise, karistusõigusautonoomse astmena, mis tuleb tuvastada pärast tsiviilõigusliku rikkumise jaatamist, või on tegemist täies ulatuses karistusõigusautonoomse mõistega. Mõlemal juhul on karistusõigus asunud sisustama VÕS § 116 lg-st 1 tuleneva olulise rikkumise mõistega analoogilist instituuti. Nagu kõik teised objektiivse koosseisu tunnused, peab ka oluline rikkumine olema kaetud tahtlusega.<sup>561</sup> Eelnev viib omakorda küsimusele olulise rikkumise kui instituudi vastavusest määratletuspõhimõttele – mille puhul on väga tähtis just küsimus sellest, kas käsitleda seda rikkumise nõ teise astmena või rikkumise iseseisva definitsioonina. Võimaliku määratletuspõhimõtte riive on eelkõige teisel juhul olulisel määral intensiivsem ja karistusõigus tegelikult ei redutseeri süsteemis majandus tekkinud keerukust n-õ raskete juhtumite korral, vaid pigem põhjustab keerukuse suurenemist, kuna teatud üldise hoolsuskohustuse rikkumise puhul on tegevusviis tsiviilõiguses põhimõtteliselt aktsepteeritav (sponsorlus), ent võib sellegipoolest kaasa tuua kriminaalvastutuse KarS § 217<sup>2</sup> alusel.<sup>562</sup>

Eelõeldu tõttu tuleb küsimuses, kuidas sisustada rikkumist KarS §-s 217<sup>2</sup> (enne veel kui asuda sisustama kohustuse rikkumist) teha põhimõtteline otsus, kas nimetatud koosseisutunnuse puhul loobuda mingite lisakriteeriumite loomisest ja seada eesmärgiks mõiste rikkumine sisustada täies ulatuses tsiviilõigusaktssessorset, st lähtudes VÕS § 100 jj kohustuse rikkumise regulatsioonist. Seda enam, et olulise rikkumise mõiste näilise tunnustamise kohta on Saksa kohtupraktikas endiselt aktiivne diskussioon, kas tegelikult ei peaks koosseisu määratletuspõhimõtte valguses sisustama selle mõiste täies ulatuses rangelt tsiviilõigusaktssessorset – koosseisu mõistes on rikkumine vaid see,

---

<sup>560</sup> H-W. Laufhütte. R. Rissing-van Saan. K. Tiedemann (Hrsg.). Berlin, 2012, § 266 änr 99. Koosseisu täpsustavaid kriteeriume (sarnaselt näiteks varaliste huvide järgimise kohustuse osas abstraktsete nõuete koostamise puhul või siis kirjutamata koosseisutunnuse „varakäsusut” puhul kelmuse koosseisus) on koosseisu laiavalguvuse tõttu paratamatult vaja. Muu hulgas ei tee määratletuspõhimõtte iseenset takistusi asümmeetrilist aktssessorset eitavale käsitlusele – ülevaatlikult H. Theile. – Zeitschrift für die internationale Strafrechtsdogmatik 2011, 7, lk 624.

<sup>561</sup> A. Dierlamm. – Strafverteidiger Forum 2005, 9, lk 407.

<sup>562</sup> Vt ülevaatlikult. – H. Theile. – Zeitschrift für die internationale Strafrechtsdogmatik 2011, 7, lk 622.

mis on rikkumisena käsitatav tsiviilõiguses.<sup>563</sup> Sellisel juhul tuleks lähtuda seisukohast, mille kohaselt tuleb olukorras, kus tsiviilõiguslik vastutus ei anna selget vastust vastutuse kohta (nt varem korduvalt viidatud Mannesmanni lahend või siis n-ö keeruliste näidetena toodud näidiskaasused), eitada karistusõiguslikku vastutust üldise hoolsuskohustuse rikkumise eitamise kaudu.<sup>564</sup> Eelneva käsitluse põhjendatus seisneb järelduses, et üksikasjadele vaatamata on StGB §-s 266 antud olulise rikkumise mõiste kriitika väga lihtne – mõiste on niivõrd ebamäärane, et esialgu eesmärgiks seatud määratletuspõhimõtte riive vähendamine on tegelikult kaasa toonud veelgi suurema ebamäärasuse,<sup>565</sup> võimaldades kohtutel pääseda kohustusest kaalutleda, kas konkreetsel juhul tuleneb isikule tsiviilõigusest üldse mingi kohustus (ehk siis tõlgendada usaldusseisundi aluseks olevat tsiviilõiguslikku õigussuhet), ja nii teha vastutus sõltuvaks küsimusest, kas iga antud õigussuhet põhimõtteliselt puudutava õigusnormi rikkumine võib olla oluline või mitte.<sup>566</sup> Olulise rikkumise mõiste alus on moraalsete kaalutluste tulem, olles filter bagatellrikkumiste ees. Mõiste karistusõigusautonoomne sisustamine võimaldab omakorda selle sisustamisel vajaduse korral samavõrd lähtuda moraalsetest kaalutlustest vastutuse laiendamisel olukorras, kus tsiviilõiguslik vastutus on kaheldav (või vähemalt puudub selgus),<sup>567</sup> mis omakorda viib määratletuspõhimõtte riiveni<sup>568</sup> ja osa autorite hinnangul tsiviilõigusliku kohustuse rikkumise mõiste eitamisel naasmiseni eelnevalt juba käsitlemist leidnud H-J. Brunsi käsitluse retoorikasse.<sup>569</sup> Karistusõigusautonoomne rikkumise sisustamine võib viia tulemusteni, mille raames kriminaliseeritakse käitumisviise, mis lisaks tsiviilõiguslikule lubatavusele võõrduvad juba vara mõistest tervikuna.<sup>570</sup> Näide nimetatud pealtnäha kummastava tulemuse kohta on eelnimetatud olulise rikkumise kriteeriumi kohaldumine näidiskaasuse teise episoodi puhul: pole kahtlustki, et piisavaid sisereegleid läbipaistvuse tagamiseks ei olnud, teatav ebaselgus on ka krediidi-

---

<sup>563</sup> K. Beckemper. – Neue Zeitschrift für Strafrecht 2002, 6, 324–326. W. Wohlers. – ZStW 2011, 4, lk 800–801.

<sup>564</sup> A. Dierlamm. – Strafverteidiger Forum 2005, 9, lk 400.

<sup>565</sup> D. Schilling. Frankfurt(aM), 2009, lk 104.

<sup>566</sup> H-J. Rudolphi ua (Hrsg). Köln, 2012, § 266 änr 56–57.

<sup>567</sup> Vastupidise seisukoha kohaselt on olulise rikkumise ebamäärasus viinud just moraalselt taunitavate lahendusteni – kohtupraktika poolt jaatud kriteeriumitele ei vastanud enamike finantskriisi ajal süstemaatiliselt informatsioonikohustussi rikkunud krediidasutused ja investeerimisühingute käitumine, mistõttu saanuks jaatada nimetatute vabanemist võiliku vastutuse eest kohustustevastase laenuandmise eest. – B. Schünemann. – Zeitschrift für die Internationale Strafrechtsdogmatik 2012, 5, 188. Eelnev viib taas kord küsimusele, kas usalduse kuritarvitamine peab. W. Wohlersi mõistekasutust silmas pidades – olema see õigusharu valgel hobusel, kes kriiside ärahoidmise osas preventiivse rolli võtab. – W. Wohlers. – ZStW 2011, 4, 793–795.

<sup>568</sup> D. Schilling. Frankfurt(aM), 2009, lk 104.

<sup>569</sup> A. Dierlamm. – Strafverteidiger Forum 2005, 9, lk 398.

<sup>570</sup> P-A. Albrecht. Berlin, 2008, lk 3.

asutuse juhatuse liikme konkreetses motiivis, mistõttu võiks rikkumist jaatada.<sup>571</sup>

## 4.5. Objektiivne omistamine

Olulise rikkumise instituudi põhiidee on vältida bagatellrikkumiste kriminaliseerimist usalduse kuritarvitamise koosseisu kaudu. Erinevalt StGB §-st 266 on KarS § 217<sup>2</sup> puhul esmane filter bagatellrikkumiste ees suure varalise kahju nõue. Eelnev ei välista siiski võimalikku vastutust katse eest, mistõttu juhul, kui ka Eesti kohtupraktikas tekivad üldise hoolsuskohustuse rikkumise sisustamisel raskused, ei ole piirangu eesmärk isikut vastutusest täies ulatuses välistada. Küll on siinkohal kohane viidata seni koosseisu puudutavas õiguskirjanduses minimaalselt tähelepanu saanud objektiivse omistamise<sup>572</sup> instituudile, mille eesmärk on võrreldav olulise rikkumise instituudiga: vältida bagatellrikkumiste muutumist koosseisupäraseks teoks. Eelnev mõistagi ei välista isiku vastutust katse eest. Eelkõige on objektiivse omistamise suhtes oluline näidiskaasuse nr 2 teine episood – kuivõrd on krediidiastutuse juhtorgani liikme mõtlematu avaliku avaldamise kui võimaliku rikkumisele objektiivselt omistatav võimalik seeläbi tekkinud kahju.

Kui olulise rikkumise mõiste on õiguskirjanduses ja kohtupraktikas olnud diskussioonide objekt viimase 10 aasta jooksul, on objektiivset omistamist puudutavat seoses usalduse kuritarvitamisega käsitletud õiguskirjanduses tõsisemalt viimased paar aastat. Nii Eesti KarS § 217<sup>2</sup> kui ka Saksa StGB § 266 puudutavat vastavat kohtupraktikat pole olemas. Ühtse seisukoha kohaselt on tegemist veel üsna algusetapis oleva käsitlusega, mille puhul on ebaselge, mis ulatuses saab objektiivse omistamise reegleid koosseisule üldse kohaldada.<sup>573</sup> Samas on õiguskirjanduses rõhutatud, et arvestades koosseisu sõnastuse laialivalgust ja struktuuri – rikutava kohustuse ebamäärane määratlus, mis peab olema kahjuga põhjuslikus seoses –, on väljaspool vaidlust see, et objektiivsel omistamisel on koosseisu suhtes oluline tähendus.<sup>574</sup>

Objektiivse omistamise näol on tegemist täiendava kontrollskeemiga naturaalse põhjuslikkuse kõrval, mille eesmärk on välistada põhjuslikkus, mis ei seonu teo toimepanija vastutusala ega kontrolliga põhjuslikkuse kulgemise

---

<sup>571</sup> Jättes kõrvale küsimuse kahjust ja objektiivsest omistamisest, vt viimase osas käesoleva töö ptk 4.4.

<sup>572</sup> Käesolev töö kasutab instituudi klassikalist mõistet, olgugi, et eestikeelses kirjanduses on objektiivset omistamist peetud koondmõisteks, mis hõlmab naturaalse põhjuslikkuse ja normatiivse omistamise. Käesolevas töös mõistetakse objektiivse omistamise all normatiivset omistamist. – J. Sootak (koost.). Tallinn, 2010, lk 266.

<sup>573</sup> F. Saliger. – Online-Zeitschrift für Höchststrichterliche Rechtspredung im Strafrecht 2006, 1, lk 21. H. Satzger. B. Schmitt. G. Widmaier (Hrsg.). Köln, 2009, § 266 änr 79–84. E. Kraatz. – ZStW 2011, 3, lk 477. M. Adick. Frankfurt(aM), 2010, lk 28.

<sup>574</sup> H. Satzger. B. Schmitt. G. Widmaier (Hrsg.). Köln, 2009, § 266 änr 79.

üle.<sup>575</sup> Tuleb rõhutada, et vaatamata dogmaatika vähesusele objektiivse omistamise kohaldumisse usalduse kuritarvitamise koosseisu puhul on iseenesest tegemist pikaajalise käsitluse tulemusena üsna detailselt väljatöötatud instituudiga, mis võrreldes nt kohustuse rikkumise, eeskätt aga nt olulise rikkumisega seonduva ebamäärasusega võrreldes on võrreldamatult konkreetsem, mistõttu tagab see kui vähemalt mingisuguse selgete reeglite kogum olulisel määral ettenähtavuse.<sup>576</sup> Kui jaatada objektiivse omistamise ja olulise rikkumise instituudi eesmärkide sarnasust siis peaks õiguse adreassaadi normatiivsete ootuste tagamise kui määratletuspõhimõtte valguses pigem toetama nõ raskete kaasuste lahendamist objektiivse omistamise vormeleid kasutades, kui töötada välja vaid usalduse kuritarvitamise koosseisule omane karistusõigusautonoomne rikkumise nõue.<sup>577</sup> Nii tuleks edasist Eesti kohtupraktikat silmas pidades üldise hoolsuskohustuse sisustamisel kaaluda loobumist ptk-s 4.2. nimetatud täiendavate kriteeriumite väljatöötamisest ja kahtluse korral bagatellrikkumiste kriminaliseerimise ees kaaluda objektiivse omistamise reeglite kohaldamist. Nii on kirjanduses iseenesest koosseisu ebamäärasusele viidates peetud paratamatuks, et kohtupraktika on hakanud ja teeb tulevikus ka katseid kohustuste rikkumist kui sellist kuidagiviisi seostada mingite abstraktsete menetlusreeglite rikkumisega, luues teatavad kontrollskeemid kohustuse rikkumise jaatamiseks eelkõige puutuvalt ebamäärase diskretsioonialaga otsuste tegemisse või siis ka nt laenuandmisse.<sup>578</sup>

Tegu on isikule omistatav siis, kui ta lõi oma tegevusega õiguslikult relevantse ohu või suurendas seda ohtu, mis siis omakorda realiseerus vastavas tagajärjes. Seega kui isiku käitumine küll põhjustas tagajärje, ent olemuselt oli suunatud hoopis ohu vähendamisele, toob see kaasa tagajärje mitteomistavuse teole. Alternatiivselt, ei ole tagajärg omistatav siis, kui teo näol on tegemist iseenesest lubatud riskiga – õpikunäite kohaselt sõbrale jalutuskäigus soovitamine äikesetormi ajal, mis läbi sõber saab tormist tingitud vigastuse.<sup>579</sup> Õiguslikult relevantse ohu tekitamine on klassikaliselt pärit isikuvastastest süütegudest: kas isik pidi ette nägema, et selline vigastus põhjustab surma. Seda üks-ühele kohaldada ei saa, kuna rikkumise puhul on võrreldes tapmisega tegemist keerulisema, asjaoludest tingitud käitumisega, mille puhul ei ole konkreetset seda iseloomustavat tunnust. Lisaks ei ole kahju tekkimise seisukohalt iseenesest tegevuse intensiivsus jne oluline, mistõttu on teooria kohaldatavus usalduse

---

<sup>575</sup> J. Sootak (koost.). Tallinn, 2010, lk 265. Vt sissejuhatavalt. – J. Sootak. Karistusõigusel on oma füüsika. Teo ja tagajärje omistamine – vanad ja uued dogmatikafiguurid karistusõiguses. – *Juridica* 2004, 3, lk 168–175.

<sup>576</sup> F. H. Gerkau. *Untreue und Objektive Zurechnung*. Hamburg, 2008, lk 45–50. F. Saliger. – *Online-Zeitschrift für Höchststrichterliche Rechtspredung im Strafrecht* 2006, 1, lk 168–169

<sup>577</sup> Vt ülevaatlilikult. – H. Theile. – *Zeitschrift für die internationale Strafrechtsdogmatik* 2011, 7, lk 625.

<sup>578</sup> T. Rönnau. *Die Zukunft des Untreuetatbestandes*. – *Strafverteidiger* 2011, 12, lk 757–758.

<sup>579</sup> J. Sootak (koost.). Tallinn, 2010, lk 266–267.

kuritarvitamisele veel ebaselge.<sup>580</sup> Kriteeriumi esimese rakendusala usalduse kuritarvitamise koosseisu raames on eeldatavasti olukorrad, kus nii kannatanu kui ka toimepanija positsiooni ja omadusi arvestades ei seisne rikkumine kannatanu jaoks erilise märkimisväärse ohu tekitamises. Peamise näitena tuuakse see, kui väidetava rikkumise toimepanijal on kahju tekitatud suuruses rahalises vahendeid endal pidevalt olemas või siis sarnaseid tagatise.<sup>581</sup> Eelnev kriteerium on otseselt suunatud käesoleva töö ptk-des 1.3.2.3. ja 4.2. mainitud klassifikatsioonide vastu: vastutust ei saa jaatada olukorras, kus nii kannatanu kui ka toimepanija tegutsevad valdkonnas, kus rikkumine evib küll suuresummalise varalise kahju tekkimise ohtu, ent poolte varalist seisundit arvestades on kahju tekkimine igapäevase tegevuse loomulik osa. Peamine näide sellise kriteeriumi kohaldamise osas võiks olla eeldatavasti tehingute tegemine teiste isikute nimel volatiilsetel kapitaliturgudel kogenud turuosaliste poolt, kus nii investor kui ka tehingu teostaja on kaetud kas vastutuskindlustuse poolt. Iseenesest võiks nimetatud kriteeriumi laiendada ka näidiskaasusele 1 – kui eeldada, et arvestades juhatuse liikme varasemat tasustamispoliitikat oli nimetatud maksete tegemine normaalne ja ei evinud juhatuse liikme varalise seisundi osas olulist tähendust (st vaidluse tekkel võib nimetatud summa alati mõistlikku määra ületavas osas tagastada), ei ole nõukogu poolt hoosuskohustuse rikkumisega põhjustatud kahju nõukogule omistatav. Teise võimaliku omistamise eitamise alusena tuuakse nõ mängureglitest kinnipidamine sarnaselt eelnevalt käsitlust leidnud olulise rikkumise sisule: kahju ei ole omistatav niikaua kuni selle põhjustanud otsuse puhul peeti kinni kõikidest menetlusreeglitest. Sellise „menetlusliku ratsionaalsuse“ jäljed on eraõiguses ja aktsessoorsusele vaatamata on kaheldav, kas ühinguõigus, ja veel vähem karistusõigus, saab selle omaks võtta. Just nimetatud teooria kohaselt oleks näiteks juhtumi korral, kus eduka emaettevõtte juhatuse liige võtab kõiki protseduurireegleid arvestades kassast 1 miljonit eurot ja kingib selle tütarühingule, koosseisule kummaline mõju.<sup>582</sup>

Isikule ei ole tagajärg omistatav ka siis, kui kausaalsuses puudub õigusvastasus – tagajärg oleks ka kohustustepärase rikkumise puhul selge kindlusega saabunud või rikkumine ei ole normi kaitsealas.<sup>583</sup> Nimetatud kriteerium evib koosseisu sisustamisel üldise hoosuskohustuse puhul eeldatavasti märkimisväärset praktilist tähendust.<sup>584</sup> Näitena on toodud olukord, kus eraõigusliku juriidilise isiku juhatuse liige sõlmib müügilepingu, milles ostjast vastaspoolle

---

<sup>580</sup> F. H. Gerkau. – Online-Zeitschrift für Höchstrichterliche Rechtspredung im Strafrecht 2006, 1, lk 124 jj.

<sup>581</sup> H. Satzger. B. Schmitt. G. Widmaier (Hrsg.). Köln, 2009, § 266 änr 79–84.

<sup>582</sup> E. Kraatz. – ZStW 2011, 3, lk 478–479.

<sup>583</sup> H. Aschenbach. A. Ransiek. Heidelberg ua, 2012, lk 646. H-W. Laufhütte. R. R.-v. Saan. K. Tiedemann. Strafgesetzbuch. Lepiziger Kommentar Grosskommentar. 12. Aufl. 1. Bd. Einleitung; §§ 1 bis 31. Berlin, 2007, eelmärkus 96–97 §-le 13.

<sup>584</sup> F. H. Gerkau. Hamburg, 2008, lk 45–50. F. Saliger. – Online-Zeitschrift für Höchstrichterliche Rechtspredung im Strafrecht 2006, 1, lk 158–159. Kriitiliselt: H. Satzger. B. Schmitt. G. Widmaier (Hrsg.). Köln, 2009, § 266 änr 79–84.

on ostuhinna osadena tasumise kohustus. Enne kõigi maksete tasumist muutub lepingupartner maksejõuetuks. Vastutus on välistatud juhul, kui isegi teistsugune käitumine – kõikide võimalike lepingupartneri majandusnäitajate tähelepanelik analüüs – ei oleks kaasa toonud kahju vältimist, kuna maksejõuetuse esinemine või selle põhjus ei olnud mõistlikult ettenähtav (nt finantskriis). Sisuliselt taandub omistamise hindamine ettevaatamatusdeliktile sarnaste eelduste analüüsile: kas isik täitis temal lasunud üldist hoolsuskohustust piisavalt hoolikalt.<sup>585</sup> Õigusvastasusseose hüpoteetilisusest lähtuv sisu tähendab, et see võib olla kohane kriteerium tagajärje mitteomistamisel ka olukorras, kus rikkumise aluseks on ühingusiseste kooskõlastusreeglite või siis ühingu kohaldatud ühinguväliste soovitatavate ühingujuhtimise tavade<sup>586</sup> järgimata jätmine – kui eeldada, et kahju oleks tekkinud ka vaatamata sellele, et kooskõlastusreeglite vastaselt ei küsitud kooskõlastust ühelt neljast juhatuse liikmelt, kes oleks eeldatavasti hääletanud otsuse poolt.<sup>587</sup>

Kolmandaks on peetud tagajärge omistatavaks vaid siis, kui isik tegutseb normi kaitsealas: tagajärge ei omistata isikule, kui tagajärg on väljaspool rikutud normi kaitseala.<sup>588</sup> Kriteerium välistab rikkumised, mis on küll iseenesest tagajärje ja rikkumisega põhjuslikus seoses, ent olemuselt ei ole rikutud normi kaitsealaga seotud.<sup>589</sup> Nimetatud kriteeriumi kohaldatavus on juba ainuüksi vastava rikutava normi kaitseala määratlemise raskuste tõttu, arvestades majanduskaristusõigust, peetud äärmiselt kaheldavaks. Vaidlus keskendub sellele, kuidas eristada nõ võõrale varalisele huvile suunatud kohustusi juba koosseisu sõnastuses tulenevast immanentsest eristusest – rikutavate kohustuste aluseks saavadki olla vaid need kohustused, mis on suunatud võõraste varaliste huvide kaitsele. Jättes eelneva vaidluse kõrvale, on kriteeriumi peamõtte välistada vastutus puhtalt moraalseid, isiklikke, avalikke huve teenivate kohustuste rikkumise eest. Kriteeriumi rakendusala kohta on peetud põhiküsimuseks, kas jaatada tagajärje omistamist juhatuse liikmele, kelle sooritatud rikkumine on peaaegjalikult nt raamatupidamisnõuete rikkumine (ei ole võimalik taastada kõiki otsusega seotud asjaolusid ja kaalutlusi). Nimetatud juhul tekib küsimus, kas raamatupidamisnõuded on suunatud kannatanu varaliste huvide kaitsele või siis

<sup>585</sup> E. Kraatz. – ZStW 2011, 3, lk 480.

<sup>586</sup> Õigusvastasusseose rakendumise näitena on toodud hea ühingujuhtimise tava vm coporate governance reeglite rikkumist juhatuse liikmetele koodeksi reeglitega vastuolus olevate hüvitiste maksmisel. – J. Schlösser. R. Dörfler. Strafrechtliche Folgen eines Verstosses gegen den Deutschen Coporate Governance Kodex – Wistra 2007, 9, lk 333.

<sup>587</sup> Kirjanduses on esimesed üsna üldised viited ka sellele, et koosseisu õigusvastasusseose raames võiks kaaluda mh meditsiinaristusõigusest tuntud nn hüpoteetilise nõusoleku kohaldumist. Nii näiteks võiks volatiilsel väärtpaberiturul tuletisinstrumentidega tehinguid tehes kahju välistatud olenemata volituse ületamisele, kui võis eeldada, et esindatav oli vastavas turuolukorras selliste positsioonide võtmisega nõus. – vt lähemalt H. Aschenbach. A. Ransiek. Heidelberg ua, 2012, lk 646.

<sup>588</sup> J. Sootak jt. Tallinn, 2010, lk 268.

<sup>589</sup> K. Kühl. München, 2012, lk 58.

eelkõige avalikkuse huvide kaitsele (võimalus omada ülevaadet juriidilise isiku majandustegevusega seotud asjaoludest).<sup>590</sup> Nii on kaitse-eesmärgi puudumist jaatatud olukordades, kus juhatuse liige teeb makseid altkäemaksu andmiseks – iseenesest võib tegemist olla rikkumisega, ent kui olemuslikult on maksed ühingule kasulikud, ei ole rikkumine üldise hoolsuskohustuse kaitse-eesmärgi poolt hõlmatud.<sup>591</sup> Kaitse-eesmärgi seos on probleemiks näidiskaasuse 2 mõlema episoodi puhul: kui laenuandmisega seotud episoodi puhul saab jaatada vähemalt seda, et nii Basel II reeglite alusel koostatavad laenude hindamise kriteeriumid kui ka nende üle vastavuskontrolli teostavate isikute roll evib mingit kannatanu varaliste huvide kaitset, on avalikkusega suhtlemisega seotud reeglite ebakorrapärase järelevalve seos krediidasutuse kui kannatanu varaliste huvidega ebaselgem.

#### 4.6. Vahekokkuvõte

Üldise hoolsuskohustuse sisustamisel olukorras, kus puudub selge tsiviilõiguslik praktika kohustuse rikkumise jaatamiseks on oht, et KarS § 217<sup>2</sup> kriminaliseerib rikkumisi, mille karistavus ei olnud isikule ettenähtav. Määratletuspõhimõtte riive vältimiseks olulise rikkumise vms karistusõigusautonoomse mõiste kasutamine ei lahenda eelnimetatud probleemi, vaid võib pigem viia suurema määratletuspõhimõtte riiveni, mis viib täiendava keerukuse tekkimiseni süsteemis õigus. Sealjuures ei ole oluline, kas rikkumist sisustatakse täies ulatuses karistusõigusautonoomselt või siis osaliselt – eelnevalt viidatud limiteeritud aktseessoorsuse teooriat kasutades. Rikkumist puudutava analüüsi eesmärk on osutada ohule, et olukorras, kus rikkumise sisustamisel lähtuda mingitest vaid karistusõigusele omastest põhimõtetest on oht, et lõppastmes võib see viia lahendusteni, mis tekitavad süsteemis õigust keerukust.

Eelnevast tulenevalt tuleks vältida karistusõigusautonoomse rikkumise mõiste kasutamist ja kaaluda lähtumist täies ulatuses VÕS § 100 poolt etteantud rikkumise definitsioonist ja praktikast. Kui esinevad tõlgendusraskused, st tsiviilõiguslik tõlgendus on ebaselge, tuleb kaaluda rikkumise eitamist ja vältida karistusõigusautonoomsete kitsendavate struktuuride väljatöötamist.

---

<sup>590</sup> H. Satzger. B. Schmitt. G. Widmaier (Hrsg.). Köln, 2009, § 266 änr 79–84. Kriitiliselt: H. Aschenbach. A. Ransiek. Heidelberg ua, 2012, lk 646–648.

<sup>591</sup> J. Corsten. Pflichtverletzung und Vermögensnachteil bei der Untreue – Kritische betrachtung des „VW-Urteils“ des BGH wistra 2009, 468. – Wistra 2010, 6, lk 208.

## KOKKUVÕTE

Põhimõtteline valik KarS-s sätestada määratlemata ja relatiivsetest õigusmõistetest koosnev usalduse kuritarvitamise koosseis, tekitab ilmseid küsimusi nii süsteemi *õigus* kui ka selle osasüsteemide *karistusõigus* või *tsiviilõigus* sees, ent ka süsteemi *õigus* suhete kohta teiste süsteemidega (koosseisu rakendusala silmas pidades eelkõige seoses majandusega). Eelnev rõhuasetus on töö põhi-järelduste seisukohalt väga tähtis, viidates sellele, et usalduse kuritarvitamise koosseis on märkimisväärses ulatuses oma rakendusala igapäevase majanduskäibe toimimise tagamise eesrinnas. Eelnev omakorda paljastab koosseisu instrumentaliseerumise ja moraliseerumise ilmingud, st koosseisu liiga laia tõlgendamise tulemusel muutub koosseis võitlusnormiks kõige halva ja halvaks-pandava vastu, mis majanduskäibes esineb. Instrumentaliseerumise ja morali-seerumise üks piiravaid faktoreid võiks olla vähemalt see, et majanduskäibes toimuvale reageerib süsteem *õigus* ühtselt, st isikul on võimalik õiguslikke järeldusi nii karistus- kui ka tsiviilõiguses vähemalt mingil määral ette näha ja eeldada, et need järeldused langevad kokku.

Sarnaselt majanduselu keerukusega on täheldatav keerukus ka süsteemi *õigus* harusüsteemide omavahelisel suhestumisel. Puuduvad selged subordinat-sioonisuhted õigusharude vahel, klassikaline arusaam fragmentaarsusest, *ultima ratio*'st ja subsidiaarsusest kui selgepiirilistest reeglitest on üksikjuhtumite näidetel ebaselge omandi-, vara-, valduse- ja tehingumõiste karistusõiguses kui näited eri kaalutlustest relatiivsete õigusmõistete sisustamisest. Eelnev siiski ei tähenda, et puuduvad igasugused kaalutlused, miks ei peaks tsiviil- ja karistus-õigus püüdma ühtse mõistekasutuse poole. Riigikohtu seatud kaks printsi-piaalset postulaati, mille kohaselt peaks karistusõigus püüdma võimalikult ühtse mõistekasutuse poole tsiviilõigusega, ent õigusharude eri eesmärkidest tulenevalt on sellest võimalik teha erandeid, ühtivad käsitlusega süsteemi *õigus* sisemise koherentsuse väärtusest kui *õiguse* sisemise moraalsuse ühest tahust, mille poole tuleb küll püüelda, ent mille täielik saavutamine ei ole võimalik ega ka vajalik.

KarS § 217<sup>2</sup> varaliste huvide järgimise kohustuse, teingu ja rikkumise koos-seisutunnuste sisustamine on vaadeldavad kolme näitena sellest, millistel kaalutlustel võiks eitada tsiviilõigusaktssessorset tõlgendust ja millised võiksid (või siis arvestades, et mõne koosseisutunnuse puhul – eelkõige tehing – on vastava seisukoha juba *obiter dictum*'i korras esitanud kohtupraktika) omakorda olla tsiviilõigusaktssessorst kas täielikult või osaliselt eitava tõlgenduse järeldused. Karistusõigusautonoomsete mõistete kasutamine tekitab kõrge KarS § 217<sup>2</sup> kõrge instrumentaliseerumise ja moraliseerumise ohu, mistõttu tuleks tsiviilõigusaktssessorse eitamist pidada põhjendatuks äärmiselt kaalukate argumentide esinemisel.

Erinevalt mõistest *kohustus* ärakasutamiskoosseisu raames on varaliste huvide järgimise kohustuse sisu tsiviilõigusaktssessorse sisustamine esmapilgul raske, kuna kohast vastandmõistet tsiviilõiguses otseselt pole. Tegemist on

koosseisutunnusega, mille KarS § 217<sup>2</sup> eeskujudeks olnud teiste riikide karistus-seadustikes sisustamispraktika on tsiviilõigusaktseessoorsuse siiski esile toonud, st sisuline diskussioon tsiviilõigusaktseessoorsuse üle on võimalik. Samas on tegemist diskussiooniga, mille seos koosseisu instrumentaliseerumise ja morali-seerumisega ei ole niivõrd vahetu, vaid küsimus on pigem sisulise koherentsuse leidmises. Mõiste *varaliste huvide järgimise kohustus* ebamäärane sisu viitab suurele tõlgendamisvajadusele, mistõttu tekib paralleelse tõlgenduse kaudu oht keerukuse tekkeks selle mõiste sisustamisel karistusõigusautonoomselt. Saksa karistusõiguse eeskju osutab selgelt sellele, et tsiviilõigusaktseessoorsuse eita-mine ja karistusõigusautonoomse tõlgenduse jaatamine ei vii mitte ainult keeru-kusele süsteemi *õigus* sees, vaid ka osasüsteemis *karistusõigus*: Saksa eeskujul on pikka aega kestnud tõlgenduspraktika dogmaatiliselt ebaõnnestunud ja lähtub kasualistlikest kriteeriumitest, olles loobunud igasuguse süstemaatika leidmisest. Samas puuduvad argumendid, mis viitaksid vajadusele tsiviil-õigusaktseessoorsusest loobuda – pole vajadust koosseisuga katta õigussuhteid, millele tsiviilõigus kaitset ei paku.

Varaliste huvide järgimise kohustuse mõiste laia ja märkimisväärselt eba-määrast sõnastust silmas pidades on seega kohane kaaluda, kas isegi juhul – kui mingi määral tsiviilõigusaktseessoorsust jaatada – oleks igasuguse keerukuse vältimiseks kohane püüda mõistet sisustada täies ulatuses tsiviilõigusaktse-soorselt (e nn range tsiviilõigusaktseessoorsus), käsitledes esmalt potentsiaalse varaliste huvide järgimise kohustusena vaid kohustust VÕS § 2 lg 2 tähenduses.

Ärakasutamiskoosseisu koosseisutegu on tehing. Tegemist on relatiivse õigusmõistega. Koosseisu süstemaatikast tulenevalt peab koosseisutegu olema selline, millega on võimalik teise isiku vara käsutada või talle kohustusi võtta. Olgugi et ilmselt mitteteadlikult, on Riigikohtu praktika andnud suunise, mille kohaselt ei ole koosseisu realiseerimiseks vajalik, et tehing, millega koosseis realiseeritakse, oleks pooltele õiguslikult siduv. Olgugi et on ebaselge, mida täpselt mõista mittesiduvuse all, on põhimõtteliselt tegemist tõlgendusega, mis tekitab vastandlikke ja keerulisi küsimusi nii KarS §217<sup>2</sup> sees kui ka koosseisu suhestumisel teiste koosseisudega. Olgugi, et tsiviilõigusliku tehingumõiste puhul ei ole absoluutselt selge, kuivõrd on tehingu siduvus (kui selline mõiste üldse eksisteerib) ja kehtivus tehingumõiste osis, on võib vähemalt järeldada, et olemuslikult on tehingu puhul tehingu poolt eesmärk kaasa tuua mingi õiguslik tagajärg ehk siis tagada poolte vahel vähemalt mingi siduvus. Erinevalt varaliste huvide järgimise kohustuse sisustamisest on tehingumõistele karistusõigusauto-noomse sisu andmisel selged argumendid – laiendada karistusõiguslikku kaitset esindatavatele, kelle nimel tehti tehing välissuhtes mittekehtiva tehinguga, kasutades sel viisil koosseisu moraalselt etteheidetavate rikkumiste puhuks.

Karistusõigusautonoomse tehingumõistet toetavad kriminaalpoliitilised argu-mendid võimaldada täiendavat kaitset riivab nii *ultima ratio* põhimõtet, veelgi enam, on ebaselge kas tegelikult üldse on sellise lisakaitse tagamine põhjen-datud. Tsiviilõigusaktseessoorne tehingumõiste sobitub TsÜS § 131 loodud

terviklikku süsteemi, võimaldades karistusõiguslikku kaitset olukorras, kus esindatava tsiviilõiguslik kaitse on piiratud käibekaitse eesmärke arvestades. Tekib *ultima ratio*'t ja fragmentaarsust eitav kattuvus kahe õigussüsteemi kaitstavate hüvede vahel. Lisaks loodavale keerukusele karistus- ja tsiviilõiguse vahel ehk süsteemis *õigus*, on kriminaalpoliitiliste argumentide tulemiks süsteemse koherentsuse kaotus süsteemi *varavastased süüteod* (iseenesest on ka varavastased süüteod käsitatavad eraldi süsteemina) sees – kriminaalpoliitiliste argumentide ese on võimaldada esindatavaile kaitset olukordades, kus tegu on toime pandud mittesiduva või kehtetu (arvestades RKKKo 3-1-1-100-09 ebamäärasust) tehinguga. Erinevalt Saksa karistusõigusest on Eesti karistusõigus eeldatavasti selliste rikkumiste puhuks ette nägemis kaitse KarS § 201 (või siis § 209) näol. Vajadus tsiviilõigusaktseorsoorsusest loobuda, et katta rikkumised, mis võivad niikuinii olla juba kriminaliseeritud, kahandab tsiviilõigusaktseorsoorsust eitavate võimalike argumentide kaalu.

Kolmandana tekitab mittesiduvuse eeldus autori hinnangul ületamatuid raskusi KarS § 217<sup>2</sup> lg 1 ärakasutamiskoosseisu ja kahe alamkoosseisu sisese süstemaatika seisukohalt. *Vara* on võimalik käsutada *tehinguga*, mis toob kaasa mingi sisulise muudatuse varalises struktuuris ehk siis käsutuse. *Vara* ei saa käsutada tehinguga, mis ei too kaasa õiguslikke tagajärgi. Ärakasutamiskoosseis moodustab terviku, mis eristab teda usalduse murdmise koosseisust. Mittesiduv tehing viib omakorda selle sisustamise ebamäärasuse tekke ohule, kus KarS § 202 analoogi Saksa StGB § 259 näitel on oht paralleelse tehingumõiste tekkeks. Sarnaselt varaliste huvide järgimise kohustuse sisustamisel tsiviilõigusaktseorsoorsuse eitamisega on oht rööbitise tsiviilõiguse tekkeks (st kohtupraktika on sunnitud välja töötama käibe vajaduse rahuldamiseks üksikasjalikud reeglid, kuidas näiteks sisustada omandamist kui karistusõigusautonoomset mõistet).

Karistusõigusautonoomse tõlgenduse võimalike ohtude peamine näide seonduv kohustuse rikkumisega, tegemist on hea näitega koosseisu moraliseerumise ja instrumentaliseerumise ohust ja seda kas siis otseselt kriminaalpoliitiliste või siis pragmaatiliste taustaga dogmaatiliste (soovimatus laskuda tsiviilõiguslikesse tõlgendamisküsimustesse KarS § 217<sup>2</sup> rakendamisel) argumentide najal. Võrreldes mõistet *tehing* puudutavate argumentidega oleks antud koosseisutunnuse karistusõigusautonoomset tõlgendust toetavad alusargumendid suunatud mitte lisakaitse mittepakumisele (tehingumõiste) või siis näiliselt tsiviilõigusliku vastandmõistet mõiste määratlemisele (varaliste huvide järgimise kohustus), vaid karistusõiguse näilise puhtuse hoidmiseks, st selgete suuniste väljatöötamiseks n-ö keeruliste juhtumite korral.

Kohustuse rikkumise karistusõigusautonoomne või siis asümmeetrilisest tsiviilõigusaktseorsoorsusest lähtuv tõlgendus võib küll näiliselt luua selgemad piirjooned, vähendades seega keerukust süsteemi *õigus* (või siis vähemalt süsteemi *karistusõigus*) sees ja tagada määratletuspõhimõtte kohasem täitmine. Näiline keerukuse vähendamine omakorda toob kaasa riski, et sarnaselt eelmainitud

varaliste huvide järgimise kohustuse ja mõiste *tehing* karistusõigusautonoomse sisustamisega on tõlgenduse tulem esmalt koosseisutunnuse n-ö iseseisvumine, mis võimaldab koosseisu instrumentaliseerumist ja/või moraliseerumist, ning viib omakorda otseste konfliktide tekkeni karistus- ja tsiviilõiguse vahel: väidetavast kohustuse definitsioonist (olgu see siis olulisuse nõude kaudu) saab eraldiseisev rikkumise definitsioon, mis ei kohaldu mitte ainult n-ö keeruliste kaasuste puhul, vaid sisuliselt kõigi kaasuste puhul. Karistusõigus hakkab rikkumist hindama enda väljatöötatud süsteemi kaudu, mis võib, kuid ei pruugi viia identsete tulemusteni nii keeruliste kui ka lihtsate kaasuste puhul.

Lisakriteeriume *rikkumise* mõiste sisustamiseks ei ole vaja. Puuduvad iga-sugused argumendid, mis käesoleval juhul õigustaks tsiviilõigusaktssessoorsusest loobumist. N-ö keeruliste kaasuste puhul võib iseenesest, *ultima ratio* kaalutlustest tulenevalt, pidada kohaseks KarS § 217<sup>2</sup> võimalikku piiramist. Eelnev ei tähenda seda, et relatiivsete õigusmõistete puhul peaks vältima tsiviilõiguslikesse tõlgendustesse laskumist. Võimalikud piirangud pakub karistusõiguse (olemasolev) süsteem ise, olgu see siis subjektiivse koosseisu või siis objektiivse omistamise näol.

# SUMMARY

## Reduction of complexity within the Estonian legal system: the example of interpretation of relative legal concepts in the objective category of § 217<sup>2</sup> of the Estonian Criminal Code

1. Introduction	131
2. Interpretation of civil law notions in criminal law	134
3. Notion of obligation within Section 217 <sup>2</sup>	141
4. The notion of transaction in the sub offence of abuse	149
5. The notion of breach of obligations	156
6. Final remarks	161

### I. Introduction

Section 217<sup>2</sup> of the Estonian Criminal Code consists of two sub offences criminalizing, firstly, the breach of one's right to dispose of assets or assume assets (sub offence of misuse, in Estonian: *ärakasutamiskooseis*, in German: *Missbrauchstatbestand*) and secondly, the breach of duties to comply with someone's financial interests (sub offence of breach of trust, in Estonian: *usalduse murdmise koosseis*, in German: *Treubruchtatbestand*). The wording of the offence, first introduced in 15.03.2007, is as follows:

#### § 217<sup>2</sup>. Abuse of trust

(1) Illegal use of the right arising from law or transaction to dispose of assets of another person or assume obligations for another person, or violation of an obligation to comply with the financial interests of another person if such act results in significant material damage but does not contain the necessary elements of an offence provided for in § 201 of this Code – is punishable by a pecuniary punishment or up to 5 years' imprisonment.

(2) The same act, if committed by a legal person, is punishable by a pecuniary punishment. [RT I 2007, 13, 69 – entry into force 15.03.2007]

One must stress that the offence was enacted in 15.03.2007 and was intended to substitute a similar offence of abuse of position (Section 289, repealed since 15.03.2007), situated in the chapter for offences against public order. With the enactment of Section 217<sup>2</sup> an intentional step was made by the legislator to have a broadly-worded offence using notions which have civil law background within the chapter of crimes against property. At the time of conducting this analysis, significant material damage mentioned in the wording of the offence was EUR 32 000 and it was made dependant on the fixed sum, which was regularly amended by the legislator. As stated in the wording of the offence, it

must be read in conjunction with Section 201 of the Criminal Code foreseeing liability for embezzlement worded as follows:

**§ 201. Embezzlement**

(1) A person who illegally converts into his or her use or the use of a third person movable property which is in the possession of another person or other assets belonging to another person which have been entrusted to the person – shall be punished by a pecuniary punishment or up to one year of imprisonment.

(2) The same act, if committed 1) by a person who has previously committed larceny or embezzlement; 2) on a large-scale basis; 3) by an official; or 4) by a group or a criminal organisation; – is punishable by a pecuniary punishment or up to 5 years' imprisonment. [RT I 2007, 13, 69 – entry into force 15.03.2007]

As seen from the wording of the offence, Estonian Criminal Code foresees two different sub offences for embezzlement. First, the classical way of acquiring tangible assets and second, a sub offence of acquisition of assets entrusted to the person is provided as well. The latter is mainly meant to cover situations where assets have been converted through transfer of assets from bank accounts; the wording is remarkably wider though and may cover other similar situations as well.

The offence stipulated in Section 217<sup>2</sup> comprises of relative legal notions having clear links with civil law: notions such as transaction, misuse of right, obligation, damage, etc. The wording of the offence, or other parts of the Criminal Code, does not offer any definition of the aforementioned notions in criminal law.

The thesis uses N. Luhmann's theory of systems and their environment as the methodological basis for the following analysis. According to N. Luhmann, the basis for every analysis is the distinction between a system and its environment (in Estonian: *keskkond*, in German: *Umwelt*). A system creates itself through that distinction and hence can be described as autopoietic. Autopoietic system is free to decide whether to react to any influences stemming from the environment. No system can have any control over other system, systems consider other systems as their environment.<sup>592</sup> The latter applies also to subsystems. Hence, as criminal and also, for instance, administrative law are regarded as an environment to the system of civil law, subsequently, also system law is an environment to civil law. The cornerstone of Luhmann's approach is that the autopoietic nature of each system means that systems are not influenced by each other. Hence, both civil and criminal law as systems are free to decide how to react to influences from the environment and therefore, are free to decide how to treat their elements. The thesis regards

---

<sup>592</sup> N. Luhmann. *Law as a Social System*. Oxford, 2004, p 357–423. See also. – K-H. Ladeur. *Postmoderne Rechtstheorie. Selbstreferenz-Selbstorganisation-Prozeduralisierung*. Berlin, 1992, p 107–175.

notions as elements to each field of law. Hence, each field of law (civil, criminal, international, and administrative) is utterly free to formulate the meaning of notions i.e. describe their elements.

Second notion that must be stressed in order to understand the following analysis is the notion of complexity (in Estonian: *keerukus*, in German: *Komplexität*). The latter stresses the link between system and its elements. A system recreates itself through its elements. Complexity can be described in twofold way: first, a situation where, because of imminent restrictions, two elements cannot be linked with each other at every chosen moment, or secondly, in a situation where lack of information causes inability to describe the system or itself. The latter is more suitable for systems of meaning (such as law) – paradoxically, the system is unable to grasp itself but is able to describe the essence of the problem.<sup>593</sup>

Different meanings given to relative legal notions such as damage, transaction and so on in civil and criminal law causes complexity within the system law. If different meanings are given then an external observer to system law faces a situation where system law replies to the question what is to be regarded in law as a transaction that one must distinguish between notion of transaction in criminal and civil law. No uniform concept exists. The existence of parallel concepts of transaction, for instance, causes complexity within the system law.

The following analysis leads from the assumption that application of different meanings to relative legal notions causes complexity within the system law. Hence, civil law accessoriness (in Estonian: *tsiviilõigusaktessoorsus*, in German: *Zivilrechtsakzessorietät*) is aimed at reducing complexity within the system law. The analysis aims at indicating when and to what extent is civil law accessoriness eligible in interpreting relative legal notions given in Section § 217<sup>2</sup> of the Criminal Code. One must stress that Luhmann's theory is only aimed at giving a theoretical basis for such a problem by claiming that in some situations reduction of complexity may be justified but in the end systems are, nevertheless, free to decide whether to reduce complexity or refrain from doing so.

The thesis considers the principles of legal clarity (in Estonian: *õigusselgus* or *määratletuspõhimõte*, in German: *Bestimmtheitsgebot*) and systemic coherence, both stemming from the principle of rule of law (in Estonian: *õiguskindlus*, in German: *Gesetzlichkeitsprinzip*), as the two main values that may justify civil law accessoriness in interpreting relative notions stipulated in Section 217<sup>2</sup>. The general conclusions made through analysis of the two principles shall be applied on certain civil law notions given in the wording of the offence: obligation (see chapter 3 of this resume), transaction (see chapter 4 of this resume) and breach of obligation (see chapter 5 of this resume). The

---

<sup>593</sup> N. Luhmann. *Sotsiaalsed süsteemid*. Tallinn, 2009, p 43, 48, 52. N. Luhmann. *Einführung in die Systemtheorie*. Heidelberg, 2004, p 100–118, 174.

dissertation refrains knowingly from the issues related to concept of damage within Section 217<sup>2</sup> as this deserves a separate treatise.

Similar offences both in Swiss and German Criminal Code were used as role models for Section 217<sup>2</sup>. As Estonian court practice has up to now dealt with only some questions relating to the offence, and academic literature of the issues of both civil law accessoriness is scarce, the thesis relies heavily on literature regarding Section 266 of the German Criminal Code and partly also on Section 153 of the Swiss Criminal Code. The analysis of the values stemming from legal clarity and systemic coherence are largely based on the theoretical basis laid down by 20<sup>th</sup> Century modern legal philosophy, largely influenced by legal thought from English speaking authors such as L. Fuller, J. Finnis, J. Raz and R. Dworkin.

## **2. Interpretation of civil law notions in criminal law**

### **2.1. Rules of interpretation in criminal law – lack of any clear-cut principles**

The use of relative legal notions is itself natural and in many situations essential to system law. Hence, the solution of Section 217<sup>2</sup> to have an offence mainly consisting of relative legal notions is itself normal. Logically, the first option would be to rely on rules of interpretation in criminal law to determine the way those concepts ought to be interpreted.

The practice of the Criminal Chamber of the Estonian Supreme Court has distinguished all classical ways of interpretation: teleological, classical, systematical and historical. In addition, the Supreme Court has introduced the concept of EU law conform interpretation. Aforementioned case law has not put much effort into describing the ways of interpretation in detail and elaborating clear-cut principles and has not marked any principles to apply between the different ways of interpretation.

The tendencies (or the lack of any) seem to meet the overall approach in the literature, which has also refrained from giving any absolute guidance on the principles of priority between the ways of interpretation.<sup>594</sup> Although grammatical interpretation has been given priority by some authors, analysis regarding relative legal notions has questioned such a position.<sup>595</sup> Giving priority to grammatical interpretation would in principle be a sound argument

---

<sup>594</sup> R. Zippelius. *Juristische Methodenlehre*. 11. Aufl. München, 2012, p 35–68. J. Sootak (koost.). Tallinn, 2010, lk 92–98. F. Bydlinski. *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*. 2. Aufl. Wien, 1991, p 553–571. E. A. Kramer. *Juristische Methodenlehre*. 2. Aufl. Bern, 2005, p 151–153.

<sup>595</sup> See the analysis of D. Demko as the most coherent example. – D. Demko. *Zur „Relativität der Rechtsbegriffe“ in strafrechtlichen Tatbeständen*. Berlin, 2002, p 20, 161–170, 190–284.

for civil law accessoriness – for instance, as notions ‘damage’ are grammatically identical in both civil and criminal law, the meaning of the notions ought to be identical as well.

## **2.2. Interpretation of relative legal notions having civil law background: the example of concepts of ‘possession’, ‘transaction’ and ‘asset’**

The position that there is no rank between the methods of interpretation shall be taken as a prerequisite for the following analysis. The basis for such an assumption is the approach taken by case law and academic literature on legal notions such as possession (in Estonian: *valdus*, in German *Besitz* in civil law and *Gewahrsam* in criminal law), property (in Estonian: *omand*, in German: *Eigentum*), asset (in Estonian: *vara*, in German: *Vermögen*) and also transaction (in Estonian: *tehing*, in German: *Rechtsgeschäft*).

Case law has followed the theoretical approach of German and Swiss law and has distinguished the notion of possession in civil law and criminal law. Compared to civil law only natural persons can have possession under criminal law, the notion of possession of legal persons is not acknowledged (in Estonian: *organivaldus*, in German: *Organbesitz*). The essence of possession in criminal law should be more straightforward compared to civil law: the person exercising power over the tangible is to be considered as the possessor. Criminal law does acknowledge servants as possessors (in Estonian: *valduse teenija*, in German: *Besitzdiener*). Nevertheless, it must be stressed that the Supreme Court has acknowledged heirs of the deceased (in Estonian: *pärijavaldus*, in German: *Erbbesitz*) as possessors and has declared that in such situation there is no valid justification to consider a person who had caused the death of the previous possessor as a possessor.<sup>596</sup>

In addition, case law has also followed the example of German law in interpreting the notion of ownership within the system of crimes against property – the notion ‘belonging to another’ (in Estonian: *võõras*, in German: *Fremd*) must be interpreted identically to civil law and hence all the principles from civil law apply.

Estonian court practice has not taken any position regarding the contents of the notion of asset (in Estonian: *vara*, in German: *Vermögen*) in criminal law. Although literature concerning fraud has hinted that the economical notion of asset should be applied, one cannot distinguish a firm position developed in case-law.<sup>597</sup> The approach taken has significant relevance when considering the subject of the analysis. The problem boils down to the issue whether criminal law should be aimed at protecting values recognized by civil law (the legal

---

<sup>596</sup> Criminal Chamber of the Supreme Court judgment no 3-1-1-28-09, para 8.3.

<sup>597</sup> P. Pikamäe. Mõningad kelmuse üldkoosseisu sisustamisprobleemid kohtupraktikas. – *Juridica* 2011, 2, p 135. W. Joecks. Varalise kahju mõiste. – *Juridica* 2011, 4, p 258.

concept of asset) or the protection provided by criminal law should go beyond the boundaries set by civil law (economic concept of asset). As indicated, Estonian literature has hinted that the economic notion ought to be applied but there is no case law regarding situations where either fraud (Section 209 of the Estonian Criminal Code) or abuse of trust may be applied in a situation where the values attacked are not directly protected by civil law.

There has been a clear understanding that the notion of ‘transaction’ should be given a different meaning within Section 202 of the Criminal Code criminalizing acquisition, storage or marketing of property received through commission of offence. Similarly to the position of German courts and literature regarding Section 259 of the German Criminal Code, the Estonian Supreme Court has stressed that the notion ‘acquisition’ does not require that the transaction itself must be valid – in the case of goods being stolen and then handed over to third persons no valid acquisition is possible under law of property. Hence the case law has acknowledged a quasi-transaction-like notion of acquisition in criminal law. When considering the notions of possession and transaction, the Supreme Court has stressed that both systematical or policy arguments are valid to interpret relative notions contrary to civil law. In sum, the courts have stressed the following:

- (a) Civil and criminal law are different fields of law;
- (b) Both fields of law have their own goals (sadly, the courts have not specified what these goals are) which are different;
- (c) As a principle, in the interest of the entirety of the legal system relative legal notions that are identical in civil and criminal law ought to be construed identically;
- (d) In some exceptional cases, such as the need arising from different goals of the field of law (b) exceptions are possible;
- (e) This cannot lead to situations where a content given to a relative legal notion in criminal law can lead to contradiction with the meaning given to the notion in criminal law.<sup>598</sup>

### **2.3. Principle of legal clarity**

Lack of clear-cut rules on rank order of the methods of interpretation stresses the need to distinguish principles underlining the need for civil law accessoriness and also subsequent reduction of complexity from principles within the system of law. The analysis concentrates on two possible values: the principle of fair warning and systemic coherence within the law as a system. Both stem in their essence from the principle of rule of law.

---

<sup>598</sup> Criminal Chamber of the Supreme Court judgment no 3-1-1-46-08, para 11, judgment no 3-1-1-28-09, 3-1-1-93-07, para 9.3.

N. Luhmann considers the main function of law as a social system in fortifying persons' factual expectations through ensuring that one could reasonably presume that other subjects with society act in conformity with the rules.<sup>599</sup> The principle meeting the same contents within the system law is the principle of legal clarity. The analysis does not differentiate between the principle of legal clarity (in Estonian: *õigusselgus*, in German: *Bestimmtheitsgebot*) intrinsic to constitutional law and the same principle within criminal law (in Estonian: *määratletuspõhimõte*, in German: *Bestimmtheitsgrundsatz*).

Estonian Criminal Code has opted to use a widely worded offence of abuse of trust, using to some extent unclear abstract notions such as one's financial interests, illegal use and so on. By doing so, the examples of Germany, Switzerland and to some extent Austria and Portugal have been followed. The use of partly unclear and widely worded notion brings about the obvious risk of a person not being able to easily clarify the possible legal implications of the offence.

The principle of legal clarity stems from Section 10 of the Estonian Constitution and art 7 of the ECHR. Case-law of the Estonian Supreme Court regarding the principle, also case-law of the ECHR has identified the principle as a balance between abstract nature of legal provisions and their exactness enabling a person to understand the prohibited conduct described by the legal provision.<sup>600</sup> As indicated above, by enacting the provision of 217<sup>2</sup> Estonia has opted to use a widely worded offence using undefined abstract notions. The use of such widely worded offences does not itself constitute a breach of this principle. Both Estonian and ECHR case law have, as a logical step, started to put some weight on court practice interpreting the widely worded offences. Subsequently, the principle of legal clarity has extended to practice of courts interpreting the offences. The overall understanding seems to be that an offence is deemed to be in coherence with the principle if one can distinguish clear-cut overall principles in the court practice.<sup>601</sup> Estonian case-law has laid down some basic principles on interpreting the offence but has refrained from issues of civil law accessoriness of relative legal notions.

#### **2.4. Principle of systemic coherence**

The principle of legal coherence is derived from the overall principle of rule of law and has been mainly touched upon in the English-speaking legal philosophy of 20<sup>th</sup> Century, being nourished by the likes of L. Fuller, J. Raz, E. Colvin and

---

<sup>599</sup> N. Luhmann. *Sotsiaalsed süsteemid*. Tallinn, 2009, p 392 ff.

<sup>600</sup> ECHR decision: *Sunday Times vs UK*, p 49. The overview of the basis of the principle in legal philosophy – J. Raz, *The Authority of Law*. Oxford, 1979, p 214–217, p 226. T.R.S. Allan. *Legislative Supremacy and the Rule of Law* – *Cambridge Law Journal* 1991, 111, p117.

<sup>601</sup> BverfG 23.06.2010. – NJW 2010, 3209.

R. Dworkin. Law as a system ought to be coherent and contradictions should be avoided as much as possible. Historically, there is lack of any unanimous position on whether criminal law should be dealt with as accessory to civil law or not.<sup>602</sup>

Estonian criminal law operates similarly to German and Swiss with notions such as *ultima ratio*, subsidiarity, fragmentarity. The latter principles are widely used in literature, although the principles are not strongly distinguished between each other and are often used synonymously.

The author of the thesis agrees with the assumption that criminal law has no absolute subsidiary or fragmentary nature. Already the existence of field of personal offences, in which criminal law can probably be regarded as a law having primary nature, is a clear example of criminal law being capable of having subsidiary and fragmentary nature in certain fields. The existence of such nature has been also questioned in connection with white-collar crimes – for instance, corruption and money laundering offences have been brought as examples in German literature.

Although case-law and literature have not univocally declared economical (and thus criminal law autonomous) concept of assets to be the leading treatise in Estonian criminal law, the existence of economical concept of assets questions the subsidiary and fragmentary nature of property offences as well. Subsequently, there is no case-law on whether abuse of trust should be based on economical concept of asset. The practical implications would be the affirmation of applicability of the offence in cases where a board director has used company's assets to pay bribes or use the assets for other illegal purposes.

One should of course again stress that because of the offence being in force only since 2007 Estonian case-law has not dealt with such situations yet. The issue boils down to the question of what legal values (in Estonian: *õigushüve*, In German: *Rechtsgut*) are protected by the offence. There have been numerous attempts to claim that as the offence has such a big importance in the fight against modern economic crime, it would be incorrect to regard the protection of any individual legal values (such as one's assets) as the only value protected. Subsequently, abstract values such as 'protection of the honesty of market', 'interest of creditors' or 'effectiveness of the market turnover' have been

---

<sup>602</sup> R. v Hippel. Deutsches Strafrecht. Bd 1. Allgemeine Grundlagen. Berlin, 1925, p 31 ff. Oppositely: K. Binding. Handbuch des Strafrechts. 1. Bd. Leipzig, 1885 (Neudruck Aalen, 1991), p 9–10. Although obviously affected by the legal philosophy of that time the works of Bruns are still worth considering as Lüderssen has rightly pointed out. See H.-J. Bruns. Die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denkens. Berlin, 1938, p 12, 58, 72. K. Lüderssen. Die Wiederkehr der „Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken“ – eine Warnung. – U. Ebert (Hrsg.). FS Hanack. Berlin, 1999, p 490 ff. K. Lüderssen. Primäre oder sekundäre Zustandigkeit des Strafrechts? – J. Arnold ua (Hrsg.). FS Eser. München, 2005, p 163–164.

brought forward as values protected also by the offence.<sup>603</sup> The basis for such assumptions has been the game of words claiming that the object of the offence is not to protect assets harmed through abuse of trust, but to protect trust harmed through disposition of assets.<sup>604</sup>

One should refrain from extending the values protected by the offence to such categories. The offence is intrinsically an offence belonging to the group of offences against property (or assets). The relevance of the offence in the fight against modern economic crime or the fact that StGB § 266 was intentionally worded in 1933 as broadly as possible cannot affect its dogmatical essence. The opening of the offence to policy goals may, using the broad wording of the offence, turn the offence into a catch-all-provision to fight everything regarded as despicable in the modern economy.

The arguments above must be used when considering whether the offence is based on the economic (and thus criminal law autonomous) concept of asset. If one regards that the offence is based on the economic concept of asset then the risk of widening the offence to territories not covered by civil law, and thus opening the offence to policy arguments is evident. As stated before, both Estonian academic literature and case law has not taken a firm position on this matter and therefore, it is possible that the offence will be based on economic concept of asset. It must be stressed that the Estonian Supreme Court has already stated obiter dictum that the transaction to commit the suboffence of misuse (in Estonian: *ärakasutamiskoosseis*, in German: *Missbrauchstatbestand*) does not have to be legally binding (and sadly not specifying what to consider as ‘legally not binding’), touched upon closely in chapter 3 of the analysis.

Hence, the factual validity of both subsidiary and fragmentary nature of criminal law (and also crimes relating to economy and property) is questionable. The same applies to the principle of unity of legal order (in Estonian: *õiguskorra ühtsus*, in German: *Einheit der Rechtsordnung*). Already K. Engisch as one of the first to use the notion stressed that the unity must be more substantive, the different contents of some relative legal notions is a question of more technical nature and does not cause material conflicts between

---

<sup>603</sup> H. Satzger. B. Schmitt. G. Widmaier (Hrsg.). *Strafgesetzbuch. Kommentar*. Köln, 2009, § 266 para 1.

D. Schilling. *Fragmentarisch oder umfassend? Wege strafrechtlichen Zugriffs bei der Veruntreuung fremden Vermögens am Beispiel des deutschen und des italienischen Untreuestrafrechts*. Frankfurt(aM), 2009, p 47–50. R. Hefendehl. O. Hohmann (Hrsg.). *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*. Bd 4. §§ 263–358 StGB 1–8, 105, 106 JGG. München, 2006, § 266 para 1.

<sup>604</sup> H-W. Laufhütte. R. Rissing-van Saan. K. Tiedemann (Hrsg.). *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Grosskommentar*. 12. Aufl. 9 Bd. §§ 263–283d. 1. Teilband §§ 263–266b. Berlin, 2012, § 266 para 23.

legal provisions.<sup>605</sup> The link between the principle and interpretation of relative legal concepts is hence unclear. The principle can only be used as a pillar principle laying down the absolute basis for the process of interpretation – in its essence, the interpretation of relative legal offences cannot lead to a situation where substantive conflicts can arise.

The use of wording ‘cannot lead’ was intentional. As stated before, the factual validity of the abovementioned principles used in modern criminal law theory to describe the relations between criminal law and other fields of law is highly questionable. The field of economic crimes is in some areas wider than civil law, protecting values not covered by criminal law. The same example applies to fraud protecting in some cases interests of perpetrators between whom no contractual relations can exist as the relations are deemed to be contrary to law or good manners. Lastly, the example of interpretation of the notion ‘acquisition’ regarding Section 202 of the Criminal Code, mentioned before can be put forward. One could take a viewpoint that the abovementioned principles must be regarded as archetypes of ideals towards which criminal law (principle of subsidiarity) or law as a system (principle of subsidiarity and unity of legal order) should attain.<sup>606</sup> The principle of *in dubio contra delictum*, derived from *in dubio pro liberate* ought to be applied.<sup>607</sup> Hence, the value of systemic coherence as a whole ought to be regarded as an archetype towards which law should aspire but attainment of which is both impossible and in many situations not needed. Lack of material contradictions within the system of law was regarded as one of the eight *desideratas* of Fuller of inner morality of law, which should be followed by legal system, again in its entirety impossible and not desirable.<sup>608</sup> Systemic coherence is, hence, one of the moral arguments pertaining to law to be assessed in conjunction with other moral values.<sup>609</sup>

The same approach seems to be used by the Estonian Supreme Court as well. As stated above, the Supreme Court has linked with the notions of possession and acquisition the principle that criminal and civil law should in most cases be in conjunction, but because the two branches of law have different goals, the principle cannot be followed in each case. The use of the wording ‘most cases’ must be stressed, probably hinting that the situation where the two branches of law are not in conjunction ought to be regarded as an exception.

The aforementioned principles have not been applied onto Section 2172. German recent literature has indicated two tendencies both caused by the abstract wording of the offence: the instrumentalization (in Estonian:

---

<sup>605</sup> K. Engisch. *Einheit der Rechtsordnung*. Darmstadt, 1935 (Neudruck Darmstadt, 1987), p 32–36. K. Schmidt. *Einheit der Rechtsordnung – Realität? Aufgabe? Illusion?*. – K. Schmidt (Hrsg.). *Vielfalt des Rechts – Einheit der Rechtsordnung?* Berlin, 1994, p 13.

<sup>606</sup> L. Fuller. *Morality of Law*. New Haven, 1969, p 41–43, 66–70.

<sup>607</sup> T. Vornbaum. “Politisches Strafrecht”. – *ZStW* 1995, p 744.

<sup>608</sup> L. Fuller. *Morality of Law*. New Haven, 1969, lk 41–43, p 66–70.

<sup>609</sup> J. Finnis. *Natural law and natural Rights*. Oxford, 2011, p 199–206, 260–265, 351–367. R. Dworkin. *Law’s Empire*. Cambridge (MA), 1987, p 178ff

*instrumentaliseerimine*, in German: *Instrumentalisierung*) and moralization (in Estonian *Moraliseerimine*, in German: *Moralisierung*) of the offence. The first describing the use of the offence as an instrument to fortify expectations stemming from the system economy.<sup>610</sup> The latter indicating the use of the offence to counter everything regarded despicable in the modern market.<sup>611</sup> The result of such tendencies is the oversimplified application of the offence – the argument that one should apply the offence in a situation where it is clear that someone's trust has been abused.<sup>612</sup> Such tendency opens the offence to policy arguments, risks of which were indicated before. The tendency may also bring about dogmatic wrongs as only the part of damage described in the offence is concentrated upon and the element of breach of one's obligation is left aside: the arguments that because as one can clearly distinguish damage the misuse of trust has been committed per se may arise.

The use of the offence to combat acts is morally questionable – use of company funds to pay bribes or create illegal pools of assets – but not clearly regulated by civil law (it is unclear whether such actions are eligible) means that the offence is used to reduce complexity within the system economy. In that case complexity as unclarity from civil law as primary source of law dealing with market is caused. Such use of offence is questionable and causes additional complexity within the system law, as one should assume that the parties involved ought to have regarded civil law as primary source of law to regulate the consequences of their market behaviour.<sup>613</sup>

### **3. Notion of obligation within Section 217<sup>2</sup>**

#### **3.1. Obligation to comply with the financial interest of another**

The following chapter analyses the concept of obligation within both the sub offence of misuse and also the breach of trust (in Estonian: *usalduse murdmise koosseis*, in German: *Treubruchtatbestand*). As the contents and civil law

---

<sup>610</sup> H. Theile. Konvergenzen und Divergenzen zwischen Gesellschaftsrecht und Strafrecht Das Merkmal der gravierenden Pflichtverletzung (§ 266 StGB) aus systemtheoretischer Sicht. – Zeitschrift für die internationale Strafrechtsdogmatik 2011, 7, p 618–620.

<sup>611</sup> D. Schilling. Fragmentarisch oder umfassend? Wege strafrechtlichen Zugriffs bei der Veruntreuung fremden Vermögens am Beispiel des deutschen und des italienischen Untreuestrafrechts. Frankfurt(aM), 2009, p 189–196. A. Dierlamm. Neue Entwicklungen bei der Untreue – Loslösung des Tatbestandes von zivilrechtlichen Kategorien? – Strafverteidiger Forum 2005, 9, p 398.

<sup>612</sup> P.-A. Albrecht. In Treue gegen die Untreue. – R. Michalke ua (Hrsg.). FS Hamm. Berlin, 2008, p 7–8. Oversimplified arguments have been used also in early Estonian case law.

<sup>613</sup> H. Theile. Konvergenzen und Divergenzen zwischen Gesellschaftsrecht und Strafrecht Das Merkmal der gravierenden Pflichtverletzung (§ 266 StGB) aus systemtheoretischer Sicht. – Zeitschrift für die internationale Strafrechtsdogmatik 2011, 7, p 619–620, 627–628.

accessoriness of the latter notion are unclear, the analysis is mainly concerned with this and will firstly concentrate on that issue.

Similarly to Germany, there is lack of identical notion to the obligation to comply with the financial interests of the person. The official translation of the offence uses the word “comply”. In order to improve understanding of the offence, the Estonian word “*järgima*” used in the Estonian original text may also mean pursue, conform to, adhere to. In an early judgment, shortly after the offence had entered into force, the Supreme Court declared that the obligation had to be understood as an obligation of care and supervision aimed at assets of another, the court was obliged to indicate the power the accused had regarding the assets of the victim, the basis and contents of it. No additional abstract guidelines have been outlined in Estonian case law. The wording of the offence does not specify anything else either, as already stressed, there is no identical notion in Estonian civil law. One should, nevertheless, stress that the Criminal Code seems to make a firm distinction between the notion of interests and right: Sections 157<sup>1</sup>, 157<sup>2</sup>, 171, 292, 446, 447 criminalize breach of different interests. Hence, *interests* are different than the notion *right*, although the exact content of both notions is left undefined by the Criminal Code.

Section 2 (2) of the Law of Obligations Act states that the nature of an obligation may oblige the parties to the obligation to take the other party's rights and interests into account in a certain manner. An obligation may also be confined thereto. The obligations mentioned are regarded as obligations to provide protection (in Estonian: *kaitsekohustus*, in German: *Schutzpflicht*).<sup>614</sup> Such obligations are deemed to arise from pre-contractual negotiations (Sections 14 (1) and (5) of the Law of Obligations Act), agreements in favor of third persons (Section 81 (1) of the Law of Obligations Act), in some cases from lease contracts (Section 276 (3), 284 (5), 328 (1) of the Law of Obligations Act) of and from partnership agreements (Section 581 of the Law of Obligations Act) and also from authorization agreements (Section 620 (1) of the Law of Obligations Act, in Estonian: *käsundusleping*, in German: *Auftrag*). The situation is somewhat similar to German and Swiss criminal law, where similar obligations are not clearly defined in civil law, but in both cases the essence of the obligation seems to match the concept of authorization from the authorization agreements. Interestingly, similar issues have arisen in English law after entry into force of the Fraud Act 2006 in 2008, where Section 4 of the act also criminalized breach of one's financial interest, seemingly matching the notion of fiduciary duties under English common law. The situation under German, to some extent Swiss and also English law, shall be examined as Estonian case-law and literature have not dealt with the issues in detail.

One can probably rightly claim that a large part of discussions that date back to 1933 when the offence of abuse of trust was introduced in German Criminal Code have concentrated on the obligation to safeguard one's financial interests.

---

<sup>614</sup> I. Kull jt. *Võlaõigusseadus. Kommenteeritud väljaanne*. II kd. Tallinn, 2007, § 2 para 4.3.

The broad wording of the notion means the offence ought to be interpreted in a restrictive manner (in Estonian: *püüav tõlgendus*, in German: *restriktive Auslegung*). This overall principle seems to be one of the few where a unanimous understanding in the literature can be clearly brought out. Regarding everything else a general and common theory or treatise is hard to distinguish. Subsequently, some authors have claimed that theory has failed to lay down easily apprehendable and general principles regarding the principle.<sup>615</sup>

The starting point of the process of interpretation is whether the notion of financial interests is based on criminal law concept of assets or must one take a civil law accessory approach. As pointed out, as far as other crimes against property are concerned (fraud as the main example), the civil law accessory approach has been denied. It is unclear whether the notion of financial interest ought to be based on the same notion of asset than in the case of fraud. The analysis marks the position of U. Nelles having relevance when regarding the options made by Estonian legislator (see below for more details), who strongly stresses that a difference must be made between the notion of (proprietary) rights and interests. The latter must be treated separately from absolute rights deriving from property or asset. Interests are subjective criteria, can only derive from a certain person, but nevertheless must be distinguished objectively.<sup>616</sup>

Literature and case law have stressed that obligation to safeguard one's financial interest must have a dominant role within the frame of the overall legal relationship (in Estonian: *peamine kohustus*, in German: *Hauptpflicht*), must grant a certain degree of independence or discretion (in Estonian: *mänguruum*, in German: *Spielraum*) to the person having the obligation to safeguard one's financial interests and lastly, the obligation should have a certain ambit and duration. Attempts to generalize the aforementioned criteria have not been successful<sup>617</sup> and academic literature has more and more started to explain the notion through long lists of examples based on case law (in Estonian: *juhiste kataloog*, in German: *Indizien-Kataloge*).<sup>618</sup>

---

<sup>615</sup> A. Schönke. H. Schröder. Strafgesetzbuch. Kommentar. 28. Aufl. München, 2010, § 266 para 22. See also R. Hefendehl. O. Hohmann (Hrsg.). Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch. Bd 4. §§ 263–358 StGB 1–8, 105, 106 JGG. München, 2006, § 266 para 5. A. Dierlamm. Untreue – ein Auffangtatbestand. – Neue Zeitschrift für Strafrecht 1997, 11, p 534–536. R. Hefendehl. O. Hohmann (Hrsg.). Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch. Bd 4. §§ 263–358 StGB 1–8, 105, 106 JGG. München, 2006, 266 para 37.

<sup>616</sup> U. Nelles. Untreue zum Nachteil von Gesellschaften. Zugleich ein Beitrag zur Struktur des Vermögensbegriffs als Beziehungsbegriff. Berlin, 1991, p 462–463, 467–471.

<sup>617</sup> See for instance, F. Saliger's attempt to propose some meta-criteria. – F. Saliger. Rechtsprobleme des Untreuetatbestandes. – Juristische Arbeitsblätter 2007, 5, p 327.

<sup>618</sup> See long lists of examples: B. v. Heintschel-Heinegg. Strafgesetzbuch. Kommentar. Strafgesetzbuch. München 2010, § 266 para 31. H.-J. Rudolphi ua (Hrsg.). Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. Köln, 2012, § 266 para 34.1–34.10. T. Fischer (Hrsg.). Strafgesetzbuch und Nebengesetze. 59. Aufl. München, 2012, § 266 para 47–48. R. Hefendehl. O. Hohmann (Hrsg.). Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch. Bd 4. §§ 263–358 StGB 1–8, 105, 106 JGG. München, 2006, § 266 para 56–117.

Unsuccessful attempts of German theoretical literature to elaborate an abstract theory regarding the obligation to safeguard one's financial interest has caused strengthened doubts whether the notion itself is in accordance with the principle of legal clarity arising from Section 103 (2) of the German Constitution. The wording of the offence is described to be so broad that it is able to blanket every act or omission capable of harming some rules exterior to criminal law having relevance to assets. The attempts to push the concept into any apprehendable frames have been unsuccessful.<sup>619</sup> The discussion was affected strongly by two decisions of the German Constitutional Court of 10.03.2009 and 23.06.2010, the latter being more important regarding the discussions above.<sup>620</sup> The court declared that the offence is still (the court did not specify what to understand by that) in accordance with the principle of legal clarity. The court reasoned that the legal value protected of the offence could be clearly discerned and hence one could derive the threats the offence was intended to give protection from. This enables to restrain the offence through restrictive interpretation to a degree sufficiently needed. The court agreed that the offence is widely worded and stressed that the need to specify the contents of it is clear and evident. Importantly, the court declared that the criteria of dominant role of the obligation, independence, ambit and duration and the case law dealing with the criteria proved sufficient to declare the offence as in conjunction with the constitution. The offence was heavily linked with rules laid down outside criminal law. The court did not, however, take any position on the principles underlining the relations between the offence and extra criminal law rules.<sup>621</sup>

German literature and case law has agreed that a person acting as a mandatary to a principal under the authorization agreement (Sections 662 and 675 of the German Civil Code) is deemed to have an obligation to safeguard one's financial interests within the meaning of the sub offence of breach of trust of StGB § 266. The mandate given to the mandatary covers the criteria laid down by case-law: the obligation to safeguard one's financial interests has a central importance within the legal relationship between the mandatory and mandatary, mandatary enjoys a certain degree of independence, the obligation has sufficient duration.<sup>622</sup> The same position has been affirmed by Swiss case-law in relation to Section 153 of the Swiss Criminal Code.<sup>623</sup> This position can probably be discerned as one of the few firm ones regarding the relations of the

---

<sup>619</sup> A. Dierlamm. *Untreue – ein Auffangtatbestand.* – *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 1997, 11, p 534–536. R. Hefendehl. O. Hohmann (Hrsg.). *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch.* Bd 4. §§ 263–358 StGB 1–8, 105, 106 JGG. München, 2006, § 266 para 3–6, 48.

<sup>620</sup> BVerfG Urt. v. 10.03.2009. – *NJW* 2009, 2370. BVerfG 23.06.2010. – *NJW* 2010, 3209.

<sup>621</sup> See sections 7, 92, 96, 109ff of the judgment. – BVerfG 23.06.2010. – *NJW* 2010, 3209.

<sup>622</sup> H.-W. Lauffhütte. R. Rissing-van Saan. K. Tiedemann (Hrsg.). *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Grosskommentar.* 12. Aufl. 9 Bd. §§ 263–283d. 1. Teilband §§ 263–266b. Berlin, 2012, § 266 para 75.

<sup>623</sup> Schweizerische Bundesgericht 20.20.1954. a decision no 80 IV 243.

notion and civil law in German criminal law. In general, everything else relating to the relations can be divided into two separate viewpoints:

- Criminal law autonomous approach. Mandate is a sufficient but not necessary requirement to affirm the existence of the obligation to safeguard financial interests, additional criteria must be met. Some elements may be defined using civil law principles and notions, but not ultimately. The approach leans evidently on the criminal law concept of assets.
- Strong civil law accessoriness. Because of case law affirming the obligation to safeguard one's financial interests in the case of a mandate it would be reasonable to refrain from applying any additional criteria stemming from criminal law (and subsequently, use civil law criteria).<sup>624</sup>

Sections 2 and 3 of the Fraud Act 2006 that entered into force on 15.01.2007 lay down offences of fraud as understood in civil law countries. Section 4 of the fraud Act 2008 does not seem to have anything in common with fraud at least in the classical Continental Europe sense. According to it one can be made liable for abuse of position if a person dishonestly abuses his position to safeguard or not act against the financial interests of another person. The offence does not require any occurrence of damage, a person must only have intended to make gain for him or herself or cause loss to another or expose another to a risk of loss. Similarity with Section 217<sup>2</sup> of the Estonian Criminal Code, Section 266 of the German Criminal Code and also Section 153 of the Swiss Criminal Code is obvious. The offence was heavily criticised for being too wide and contradictory during the draft act consultation period (being described as a cause for potential nightmare of judicial interpretation) and also afterwards.<sup>625</sup>

Similarly to German and Estonian law, English civil law does not recognize a notion of obligation to safeguard someone's financial interests. What is different is that English civil law had a notion practically identical to it – the concept of fiduciary duties developed throughout the years in English common law case law – but the Law Commission clearly refuted to identify the offence through fiduciary duties declaring the latter to be too technical and capable of

---

<sup>624</sup> The dual approach is based on T. Molter's T. Mölter. Untreuestrafbarkeit von Anlageberatern unter spezieller Betrachtung der Vermögensbetreuungspflicht. – *Wistra* 2010, p 56. See Schönemann's theory of civil law affinity (in German: *Zivilrechtsaffinität*). H.-W. Laufhütte. R. Rissing-van Saan. K. Tiedemann (Hrsg.). *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Grosskommentar*. 12. Aufl. 9 Bd. §§ 263-283d. 1. Teilband §§ 263–266b. Berlin, 2012, § 266 para 59. Also W. Perron's argumentation claiming that the notion ought to be civil law accessory. A. Schönke. H. Schröder. *Strafgesetzbuch. Kommentar*. 28. Aufl. München, 2010, § 266 para 23a, 24.

<sup>625</sup> D. Ormerod and D. H. Williams. *The Fraud Act 2006*. – *Archibold News*, 2007, 6, p 8. Standing Committee B, "Fraud Bill (Lords)" (2005–06), 20 June 2006 [25]. Law Commission[7.3.]. G. Wilson S. Wilson. Can the General Fraud Offence 'Get the Law Right?'. – *Journal of Criminal Law*, 2007, 36, p 40ff.

restricting the offence too extensively. Hence, similarly to German literature, the principle of necessary but not sufficient was elaborated – person having fiduciary duties will be deemed to have the position of being obliged to safeguard or not to act against financial interests of another.<sup>626</sup> Such approach has been heavily criticized as well in literature, claiming that by denouncing civil law accessoriness any realistic chance of limiting the offence has been lost.<sup>627</sup>

The abovementioned should at least be convincing enough to affirm the position of obligation to comply with one's financial interest within the meaning of Section 217<sup>2</sup> of the Estonian Criminal Code in the case of a person being given a mandate by an authorization agreement. The question of overall civil law accessoriness is left unsold and based on the overview of mainly German practice the following problems can be discerned:

- The question on substantive accessoriness. Would a person holding an obligation under Section 2 (2) of Law of Obligations Act be regarded as having the obligation to comply with someone's financial interests within the meaning of Section 266 of the Estonian Criminal Code. The substantive question boils down to the question whether the legal relationships arising from partnership agreements in favour of third persons *etc* described above would automatically bring about an obligation to safeguard one's financial interests or would the existence of the obligation within the meaning of Section 2(2) Law of Obligations Act be sufficient but necessary. The first would mean civil law accessoriness, the latter civil law autonomous approach.
- The question of asymmetric accessoriness. Based largely on German law literature – if one would even agree to regard mandate, or even Section 2 (2) of the Law of Obligations Act as a position giving ground to regard someone of having an obligation to safeguard one's financial interests, any additional requirements apply.

Estonian legislator has, identically to Germany and England, refrained seemingly intentionally from using a direct link to civil law notion. This mere fact does not in any way itself hint at denouncement of civil law accessoriness – one must bear in mind that the offence also covers relations rising from public law and hence criminalizes breaches within the public sector. Lack of direct link does not mean that the lawmaker decided knowingly to refrain from basing the notion to the catalogue and system provided by Section 2 (2) of the Law of Obligations Act. As pointed out before, the Estonian Criminal Code seems to draw a clear distinction between interests and rights. Obligations based on

---

<sup>626</sup> Law Commission [7.38]. A. Ormerod. The Fraud Act 2006 – Criminalising Lying? – Criminal Law Review 2007, 193, p 207.

<sup>627</sup> A. Ormerod. The Fraud Act 2006 – Criminalising Lying? – Criminal Law Review 2007, 193, p 207–208. A. Ashworth. Principles of Criminal law. 9<sup>th</sup> ed. Oxford, 2009, p 395.

protection of one's interests are regulated by Section 2 (2) of the Law of Obligations Act, creating a system of different obligations. Hence, both grammatical (use of word 'interests') and systematic link exist, the first being an argument under the legal clarity value, the latter under the value of systemic coherence. Estonian legislator has clearly decided to regulate the system of obligations by clearly distinguishing the category of obligation in the Law of Obligations Act. The problems described in German law regarding the interpretation of the notion pose a good example of issues that may arise if one is to denounce from using the catalogue provided by Section 2(2) of the Law of Obligations Act. In that case, criminal law is forced to elaborate its own specific rules on, for instance, when to affirm obligation to safeguard one's financial interests in the case of reciprocal synallagmatic obligations or rules on interpreting contents of agreements (which, per se are already existent in contract law, see for instance Section 29 of the Law of Obligations Act). The risk of contradicting case law is evident which may lead to a situation where elaboration of a uniform approach is made impossible. One must take into account that in its essence the question of how to treat situations leaving outside of a person having a mandate should be secondary as probably most of the situations are anyway covered with rules on mandate.

In sum, the thesis takes the viewpoint that the obligation to comply with the financial interests of another ought to be treated through the framework provided by civil law in the form of Section 2 (2) of the Law of Obligations Act. The obligations deemed to be obligations to safeguard one's interests under Section 2 (2) are to be regarded as obligations to comply with one's financial interest in the meaning of Section 217<sup>2</sup> of the Estonian Criminal Code.

### **3.2. Notion of obligation in the sub offence of abuse**

Compared to the interpretation of the notion of obligation within the sub offence of breach of trust, the situation is somewhat more straightforward regarding the notion of obligation within the sub offence of abuse. Before going further one must stress that the relations between the sub offences have not been cleared yet by court practice. The Supreme Court has stated that the sub offence of breach of trust is in its essence wider than the sub offence of abuse.<sup>628</sup> The problems that have arisen in German case law have not been touched upon. The scarcity of direction from case law make it impossible to conclude whether decision has been made for monistic or dualistic theory – it is unclear what is meant by 'in its essence wider' principle.

It must be stressed that if one would adopt the strict civil law accessory approach in interpreting the obligation to safeguard one's financial interests then this would also mean that there would be no significant issues regarding

---

<sup>628</sup> Criminal Chamber of the Supreme Court judgment no 3-1-1-4-08.

the interrelations of the two sub offences and especially the question whether the obligation to comply with one's financial interests should also be part of the sub offence of abuse. It would be hard to imagine that the position to dispose of assets or assume obligations in the sense of sub offence of abuse would not entail in itself a mandate to the perpetrator from the victim. Therefore, one could assume that a person having a mandate may have a position either to dispose of assets and assume obligations or obligation to safeguard one's financial interests, depending on whether the person has granted authorisation to execute transaction on behalf of the victim.

The breach entailed in the sub offence of abuse can be described as exceeding the permitted stemming from internal relationship between the perpetrator and the victim through commission of the acts allowed within the external relationship. Although the wording of the offence seems to draw a difference between being permitted to dispose of assets or assume obligations the two categories must be treated concurrently. The right to assume obligations or dispose of assets can derive from law or transaction, the right can derive from both grounds concurrently.

The notion of 'assets of another person' should be fully civil law accessory when taking account of the logic of the sub offence: disposal of assets is only possible through valid transactions, hence transactions with assets recognized by civil law are possible. No economic criteria of assets is applicable.

It is unclear whether one can also have a position to dispose of assets or assume obligations based on Section 116 of the General Part of the Civil Code Act (in Estonian: *taluvus- ja näivusvolitus*, in German: *Schein- und Duldungsvollmacht*) prescribing that entry into a transaction on behalf of the principal may also arise from the circumstances relating to the transaction or if a transaction is entered into by an employee of a person engaged in economic or professional activity or by any other person for whom the person engaged in economic or professional activity is responsible, and the transaction is related to such economic or professional activity, the transaction is presumed to be performed on behalf of the person engaged in economic or professional activity. The position seems to be somewhat unclear regarding Section 266 of the German Criminal Code – one can discern largely policy based arguments that the offence should also provide protection in situations where a person is acting based on the authority derived from circumstances, even if the applicability of the sub offence of breach of trust would be possible. The mere argument that civil law treats the basis as a fiction is irrelevant. Both German and Estonian Criminal Codes regard relation arising from law as a sufficient basis for the position to assume obligations and dispose of assets, hence one could easily claim that as the right of representation is derived from law then it should be included by the offence. It will be for case law to decide which weight is put on the policy arguments given before.

## **4. The notion of transaction in the sub offence of abuse**

### **4.1. The notion of transaction of Section 217<sup>2</sup> of the Estonian Criminal Code in case law of the Estonian Supreme Court**

The right to assume obligations or dispose of assets of another corresponds to the relation between the representative and principal. Section 115 (3) of the General Part of the Civil Code Act is the basis for distinction between external and internal relationship within the right to represent another. According to Section 129 (1) a multilateral transaction entered into on behalf of another person without the right of representation is void unless the person on whose behalf the person without the right of representation entered into the transaction subsequently ratifies the transaction. Section 131 (1) enables cancellation of the transaction if the obligations from internal relations were breached and the other party had knowledge of the breach: a principal may cancel a transaction entered into by a representative if the representative entered into the transaction in violation of the obligations arising from the legal relationship on which the representation was based and entry into the transaction was contrary to the interests of the principal, and the other party knew or should have known of the violation of the obligations. If the representative also acted as the representative of the other party or engaged in self-dealing, the representative is presumed to have violated the obligations arising from the legal relationship on which the representation was based upon entry into the transaction.

The internal and external relationships are segregated to provide protection to everyday economic turnover. Estonian General Part of the Civil Code Act lays down the principle that the breach of obligations arising from the internal relationship does not affect the validity of the contract externally (within the external relationship) generally. The only exception is the aforementioned Section 131 (1) enabling cancellation of the agreement when the other party was aware of the breach of obligations within the internal relationship.

Early case law of the Criminal Chamber of the Supreme Court acknowledged the aforementioned principles and clearly stated that the illegal use of the right to dispose of assets or assume obligations was breach of obligations arising from the internal relationship between the perpetrator and victim.<sup>629</sup> Subsequently, early case law stressed that the act to commit the offence was execution of a transaction.<sup>630</sup> Such an assumption follows the wording and logic of the sub offence: disposal of assets and acquisition of obligations is made possible by civil law only through a transaction. The mere fact that the wording of the offence – similarly to German and Swiss Criminal Codes – does not use the word ‘transaction’ and uses phrases such as ‘illegal abuse’ does not itself preclude that the act to commit the offence ought to be a transaction. Before going

---

<sup>629</sup> Criminal Chamber of the Supreme Court judgment no 3-1-1-4-08, para 25, 3-1-1-55-09, para 25.1., 27.1.

<sup>630</sup> Criminal Chamber of the Supreme Court judgment no 3-1-1-4-08, para 25–26. See also: M. Kairjak. *Krediidasutuste tegevusega seotud süüteod*. – *Juridica* 2008, 5, p 304.

further one must stress that the official English translation of the offence is somewhat imprecise, using the wording ‘illegal use’ when the Estonian wording uses phrases ‘*ebaseaduslik ärakasutamine*’ which should be translated as ‘illegal abuse’ similarly to the wording of Section § 266 of the German Criminal Code – the word ‘abuse’ is more similar to German phrase ‘*Missbrauch*’. Because of that the viewpoints regarding the wording ‘abuse’ (in Estonian: *ärakasutamine*, in German: *Missbrauch*) ought to be applied to Section 217<sup>2</sup> as well – namely, the aforementioned conclusion that the fact that the offence uses the word ‘abuse’ instead of ‘transaction’ does not preclude that the act to commit the offence must be in the form of a transaction. Logically the offence ought to be worded as ‘illegal disposal or assumption of/.../’. As Estonian civil law does not have an identical concept to the notion of obligation to safeguard someone’s financial interests, no notion of ‘abuse’ (*Missbrauch*) exists as well.

According to Section 67 (1) of the General Part of the Civil Code Act, a transaction is an act or a set of interrelated acts, which contains a declaration of intention directed at bringing about a certain legal consequence. The questions of an act within the meaning of sub offence of abuse were touched upon by judgment no 3-1-1-100-09 of the Supreme Court dated 28.12.2009. Firstly, the court clarified the interrelations between the offence of abuse of trust and embezzlement declaring that if the court establishes that the goal of the parties is not to establish a legally binding relationship between the parties but to create an artificial legal base to dispose of assets, the actions may constitute illegal conversion of property to another within the meaning of Section 201 of the Criminal Code (see chapter 1 for the exact wording of the offences). The court went on to reassure the position given in previous case law that the act to commit the offence was the execution of a transaction breaching the obligations arising from the internal relationship between the victim and the perpetrator.

In section 31 of the decision the court stressed obiter dictum in a rather interesting way the following:

‘The Criminal Chamber finds that when qualifying the actions of the accused as abused according to Section 217<sup>2</sup> (1) the accordance of the actions to the objective elements does not depend on the fact whether the transaction as basis for the disposal or assumption is legally binding or not to the parties, the ostensible nature of the transaction may however have relevance in relation to assessment of damage as the offence of abuse of trust is to be regarded as a material offence.’

The idea of the statement of the court seems to give guidelines how to determine liability for attempt in the case where the offence is not ended because of damage not occurring. The wording itself goes albeit much further than this and affirms that one can commit the offence (full-ended offence) through execution of a transaction, which is not binding to the parties.

The court does not specify what is to be understood by ‘not binding’. One can only assume that as one of the examples given by the court was linked with

ostensible transactions automatically void under Section 84 of the General Part of the Civil Code Act, invalidity was meant. If this is so, than it is still unclear whether by claiming that a transaction could be ‘not binding’ the court meant that transactions are void, open to cancellation or any other objection (based on good faith, for instance). The court did not specify whether the transaction for obligations or also the contract for disposal can be legally unbinding. The declaration of the court would have some logic if one would regard that a contract for obligations can be legally unbinding but the disposal itself valid (as Estonian law, similarly to German law, recognizes the principle that validity of the transaction for disposal is not dependent on the validity of the transaction of obligations). The wording of the judgment does not declare this and hence it would be too far-fetched to assume that the court meant so.

It must be stressed that the Supreme Court seems to have taken the minority position regarding the same issue under the literature regarding Section 266 of the German Civil Code. The essence of the offence, at least as far as Section 266 of the German Criminal Code is concerned, is to provide protection in a situation where a representative executes a transaction in breach of obligations arising from an internal relationship with the principle which is at the same time valid externally. By doing so, the offence provides protection exclusively in a situation where civil law does not affect the validity of the transaction. If the limits of the right of representation have been exceeded then no abuse has been committed and the person can only be liable for the sub offence of breach of trust. Such civil law accessory approach puts decisive importance on the first part of the wording of the offence – the position of being able to dispose or assume. In that sense, as pointed out before, illegal misuse ought to be understood as illegal ‘disposal’ or ‘assumption’ which has to be valid, because otherwise disposal or assumption would not be possible.

The minority position put forward by the likes of G. Arzt and G. Schünemann takes a limited view on civil law accessoriness. The position is based to a large extent on policy arguments, circulating strongly around a classical example introduced by G. Arzt: if one would require the transaction to be valid then protection would be taken away from persons whose representative engages in dealings with them only with a plan never to exercise the authorization given to them accordingly and to abuse it in concordance with the other parties to the agreements executed. In such situations the damaging acts are intentional and possible claims against the representative are insufficient.<sup>631</sup> As can be seen, as a result, emphasis is put on the question of damage when interpreting the notion of illegal abuse.

---

<sup>631</sup> G. Arzt. Zur Untreue durch befugtes Handeln. – W. Frisch. W. Schmid (Hrsg.) FS Bruns. Köln ua, 1978, p 365, 367. H.-W. Laufhütte. R. Rissing-van Saan. K. Tiedemann (Hrsg.). Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Grosskommentar. 12. Aufl. 9 Bd. §§ 263–283d. 1. Teilband §§ 263–266b. Berlin, 2012, § 266 para 47–48.

#### 4.2. The notion of transaction in civil law – lack of clear-cut definition

The wording ‘legally not binding’ leaves a handful of questions unanswered, which can only be answered by case law in the future. The Supreme Court did not give guidelines as to what were the arguments for giving such a guidance (whether policy arguments similar to G. Arzt and B. Schünemann were considered) or did such guidance mean a clear denouncement of civil law accessoriness. Nevertheless, the statement of the court raises the question whether the court repealed the classical civil law notion of transaction and opted for a criminal law autonomous one.

The answer to the aforementioned question presumes that an attempt to identify the concept of transaction would be done. As mentioned above, Estonian Section 67 (1) of the General Part of the Civil Law Act regards a transaction an act or a set of interrelated acts, which contains a declaration of intention directed at bringing about a certain legal consequence. There is no academic literature or case law concentrating on more detailed approach on the mere concept of a transaction. Section 67 (1) is to some extent based on the example of art 1:101 of PECL. Similar definition is now entailed in the Draft Common Frame of Reference. DCFR II.-1:101 (1) states that a contract is an agreement which is intended to give rise to a binding legal relationship or to have some other legal effect. It is a bilateral or multilateral juridical act, II.-1:101 (2) adds that a juridical act is any statement or agreement, whether express or implied from conduct, which is intended to have legal effect as such. It may be unilateral, bilateral or multilateral. Based on the seemingly important distinction between contracts giving rise to a binding legal relationship and having some other legal effect and rules on juridical acts demanding that the legal effects should arise ‘as such’ there has been some discussions whether the notion of transaction in DCFR should be understood as not demanding that the transaction itself is not legally binding. The distinction may still be only technical and meaningless.<sup>632</sup>

The aforementioned position of the Estonian Supreme Court can be interpreted in two ways: the court declared that the transaction does not have to be legally binding (setting aside the question, what was meant by such an assumption) or the transaction does not have to be valid (and thus not legally binding). Few comments on academic literature have nevertheless stated that the legal implication of the transaction arising from Section 67 (1) of the General Part of the Civil Code Act is that it brings about the legal consequences wished by the parties.<sup>633</sup> The fact that the parties cannot impose some of the

---

<sup>632</sup> N. Jansen. R. Zimmermann. *Vertragschluss und Irrtum in europäischen Vertragsrecht.* – Archiv für die civilistische Praxis 2010, 210. Bd, p 207–208. No attention is given to the question by DCFR commentaries. – C. v Bar. E. Clive (ed.). *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR).* Full Edition. Munich, 2009, p 125–129.

<sup>633</sup> I. Kull jt. *TsÜS komm vln.* Tallinn, 2009, § 67 para 3.2.

legal implications because of the contract being contrary with good faith or claims expired does not make the transaction into not having the legal implications intended by the parties. Therefore, if the court's position can be understood as declaring that the transaction does not have to be legally binding this can be regarded as a clear exit from the frames set to transactions by civil law.

If the position is to be regarded as renouncement of the requirement of validity, then the situation is more complex as there is no clear position whether to regard validity as transactions' imminent feature. The question boils down to the aforementioned argument that one of the imminent features of a transaction is that it brings about the legal consequences anticipated by the parties. An invalid contract has legal consequences (such as relations arising from unjust enrichment) but the consequences do not meet the exact one anticipated by the parties.<sup>634</sup>

#### **4.3. Concept of transaction in criminal law – the example of Section 202 of the Estonian Criminal Code**

Estonian case law has given the notion of transaction a criminal law autonomous meaning before. In a recent judgment regarding market manipulation, the Criminal Chamber of the Supreme Court stressed that the notion of market manipulation with Section 398<sup>1</sup> of the Criminal Code had to be interpreted autonomously from securities laws, the same applied to the notion of transactions being or capable of being misleading.<sup>635</sup>

An example more closely linked with this object of the analysis is the case law on the notion of 'acquisition' in the description of Section 202 of the Criminal Code criminalizing acquisition, storage or marketing of property received through commission of offence. After facing a situation where a defendant claimed that no acquisition could have taken place because the goods acquired by the defendant were stolen beforehand and no transfer of ownership in good faith (in Estonian: *heauskne omandamine*, in German: *Gutgläubenerwerb*) could have taken place the court was forced to declare that although in the interests of entirety of the legal system the interpretation of civil law notions in criminal law ought to be done using civil law rules, in some cases a context around a certain notion could bring about a different meaning to the notion (see chapter 1 as well). 'Acquisition' within the meaning of Section 202 of the Criminal Code had to be affirmed even in a situation where no acquisition under

---

<sup>634</sup> See discussion: P. Varul. Tühine tehing. – *Juridica* 2011, 1, p 35. D. Leenen. BGB Allgemeiner Teil: Rechtsgeschäftslehre. Berlin, 2010, p 29. K. Larenz. M. Wolf. Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. 8. Aufl. München, 1997, p 431–436. H. Kötz. Vertragsrecht. 2. Aufl. Tübingen, 2012, p 5.

<sup>635</sup> Criminal Chamber of the Supreme Court judgment no 3-1-1-36-12.

civil could have taken place.<sup>636</sup> By doing so, the Supreme Court introduced a concept of quasi-transactional acquisition: the parties have reached a mutual agreement although at the same time being aware that the disposal itself is not valid and will not take place. Although legal order does not accept such a transfer of ownership the will of parties is nevertheless pointed at transfer of power to dispose.<sup>637</sup>

#### **4.4. Policy and systematic arguments in relation to the notion of transaction**

The thesis outlines the direction of the legally not binding nature of transaction within Section 217<sup>2</sup> as highly problematic. Both interpretations: either the court renouncing the requirement of legally binding or validity cause problems within the system law and also the policy arguments mentioned before to enter into discussions regarding the interpretation of the offence.

The link between the policy arguments and the tendencies of moralization and instrumentalization indicated above in chapter 2 is evident. The essence of the arguments to denounce the requirement of validity is to provide additional protection to persons in a situation where agreements have been entered into without right of representation or in breach of obligations in collaboration with counterparties to the agreement. Need for criminal law interference is stressed even though civil law measures are in place. The reasoning is based on the moral value of the actions.

Firstly, this approach denounces the logic of division of risks created by civil law: mere breach of obligations from internal relationship should in the interest of market turnover, not affect the validity of the transaction itself. The risk of deviant representative is to be borne by the principal (the victim). The principal can claim damages or apply for instigation of criminal proceedings based on Section 217<sup>2</sup> – the idea is that both means of protection leave the party to the contract untouched.

Secondly, contrary to German or Swiss law, the Estonian Criminal Code has a broad offence of embezzlement, criminalizing unlawful acquisition of tangibles and also other objects (such as rights). Therefore, transactions made in collaboration with the other party are to be regarded as acquisition within the meaning of Section 201 of the Criminal Code, offence automatically precluding application of Section 217<sup>2</sup>. Even if section 201 would not apply, the actions would fall under the sub offence of misuse of trust. The latter assumption is linked strongly with the issue of Estonian case law adopting the guidelines elaborated by German courts stressing the prerequisites of independence,

---

<sup>636</sup> Criminal Chamber of the Supreme Court judgment no 3-1-1-93-07.

<sup>637</sup> H.-J. Rudolphi ua (Hrsg.). Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. Besonderer Teil. 6. Aufl. §§ 201–266b. Köln, 2012, § 259 para 33. U. Kindhäuser. U. Neumann. H.-U. Paeffgen. Strafgesetzbuch. Bd 2. 3. Aufl. Baden-Baden, 2010, § 259 para 31 ff.

duration etc. If yes, then the application of the sub offence may be questionable as the right of representation covering only one transaction may not meet the requirements. Lastly, if one is to stress the example elaborated by G. Arzt – a representative agreeing to represent the victim with a plan never to use the authority accordingly – is covered by the offence of fraud under Section 209 of the Criminal Code.<sup>638</sup>

In addition to the interference into the system of risk division regarding deviant actions of a representative created by civil law, the denouncement of the requirement of legally binding causes systematic contradictions within system law and also within the offence of abuse of trust.

Firstly, the notion of quasi-transactional acquisition requires criminal law theory to construe a coherent system of rules and principles, which are similar to rules on transactions in civil law. Similarly to the notion of obligation to comply with one's financial interests a risk of parallel system of rules is evident and hence complexity is caused within system law. As seen from the example of the court practice relating to the notion of acquisition in Section 202 of the Estonian Criminal law, and more specifically Section 265 of German Criminal law a rather specific set of rules must be elaborated then by case law. Already problems caused with understanding the wording of 'not legally binding' are an eloquent example of complexity caused by denouncement of civil law accessoriness. It is unclear what one should understand as transaction being not legally binding to the parties. The idea of a transaction should be to cause changes in reality anticipated by the parties.

Secondly, the Supreme Court seems to have given a direction, which contradicts with the former decisions stating that the sub offence of abuse can be committed through execution of a transaction.

Thirdly, the denouncement of requirement of transaction being legally binding cannot overcome the difficulties of linking the first part of the offence (position in which a person is entitled to dispose of assets or assume obligations) with the notion of abuse. Even if one disregards the discussion whether legislator intently renounced civil law accessoriness through use of the notion 'illegal abuse' or one should interpret the notion through the requirement of damage, one cannot dissolve the functional link between 'abuse' and 'dissolving assets and assuming obligations'.<sup>639</sup> One cannot assume obligations to another with a transaction legally not binding, whatever the latter means.

---

<sup>638</sup> P. Pikamäe jt. KarS komm vln. Tallinn, 2009, § 209 para 28, § 217<sup>2</sup> para 6. See also Criminal Chamber of the Supreme Court judgment no 3-1-1-70-10, Criminal Chamber of the Supreme Court judgment no 3-1-1-58-07.

<sup>639</sup> C. Müller-Gugenberger, K. Bieneck (Hrsg.). *Wirtschaftsstrafrecht. Handbuch des Wirtschaftsstraf- und ordnungswidrigkeitsrechts*. 4. Aufl. Köln, 2006, p 900,

## **5. The notion of breach of obligations**

### **5.1. Problems arisen with interpretation of open-ended notions such as board member's general duty of diligence**

The principle of unity of legal order is aimed at setting lowest boundaries when interpreting relative legal notions – what is allowed in civil law cannot bring about liability under criminal law. The concepts of both transaction and possession in criminal law, especially the treatise of the notion asset have disputed the existence of the aforementioned principle together with raising doubts concerning subsidiarity and fragmentarity. Arguments have been thrown that such a situation is inevitable as it is often impossible to assess whether a certain interpretation given to a relative legal notion will lead into a situation where an act allowed under civil law rules is suddenly punishable under criminal law and subsequently leads to a situation where the offence loses its subsidiary nature.

The aforementioned situation becomes especially evident in relation to breach of duties of board members of private legal persons. The rules determining the obligations of board members are of general nature aiming to provide balance between freedom of action and what is legally forbidden. Section 35 of General Part of Civil Code Act declares that members of a directing body of a legal person shall perform their obligations arising from law or the articles of association with the diligence normally expected from a member of a directing body and shall be loyal to the legal person. Sections 187 (1) and 306 (2) of the Commercial Code specify the rule regarding members of management board by stating that they are obliged to perform their duties with due diligence. Breaches of duties by management board members may constitute sub offence of abuse, actions of supervisory board members usually meet the requirement of sub offence of breach of trust, in some cases also sub offence of abuse.

As mentioned in chapter 2, the notion of obligation is fully civil law accessory within the sub offence of abuse. The civil law accessoriness of the obligation to safeguard one's financial interests bogs down to the question to what extent the notion is apprehendable through the system created by Section 2 (2) of the Law of Obligations Act. The notion of 'obligation' is not identic to the notion of 'breach'. The wording of the sub offence is rather clear – the offence criminalizes breach of obligation to safeguard one's financial interests that has caused damage in a certain amount. Such wording meets the logic in civil law where one can be liable for breach of certain obligations arising from law or agreement between the parties. As pointed out in chapter 4 the use of word 'illegal use' is somewhat problematic and the essence of the offence must be laid down through interpretation – the sub offence criminalizes breach of duties from internal relationship that has through either dissolving assets or assumption of obligations caused damage to the principal. It is still unclear whether the fact that the wording of the offence stresses that the breach must be

illegal in the case of sub offence of abuse, but not in the case of breach of obligations within the sub offence of breach of trust has any relevance or not. Hence the focal point of the following analysis – the civil law accessoriness of the notion of ‘breach’ – is somewhat blurry.

Disregarding the aforementioned problems of more theoretical nature, case law has solved cases relating to breach of duties of management board members without significant problems. The Criminal Chamber of the Supreme Court has divided the general obligations of members of management board into duties of care (the business judgment rule) and loyalty. Board members cannot make themselves liable under the offence for breach of obligations only aimed at protection of interests of creditors or exclusively derived from the principle of good faith.<sup>640</sup>

Assessment of management or in some cases supervisory board member liability through interpretation of general duty of care may lead to so-called borderline cases where the criminal court finds itself in a situation where the exact boundaries of the duty infringed are not clear. The criminal court must interpret the general duty of care and by doing so act as a civil court. Presumably this would require full civil law accessory interpretation from the court. This is itself nothing unwanted and is normal, especially considering the amount of relative legal notions having civil law background within the wording of the offence. The problem is hidden in the risk that solving a borderline case under civil law may infringe the principle of legal clarity. The overall idea in such a situation would be that simple cases would be solved strictly civil law accessory while criminal law ought not to engage in borderline cases and in such cases the existence of breach would be denied.<sup>641</sup> The risk of infringing the principle of legal clarity is especially substantial if there is lack of relevant and clear case law or academic literature regarding a certain question. In that situation a board member could not foresee the legal consequences of his economic activities under possible civil law liability, let alone criminal law liability as well.

## **5.2. Attempts of determining the notion of breach in borderline cases**

Based on some recent case-law regarding Section 266 of the German Criminal Code court practice and literature has started to propose different treatises to handle borderline cases, either stressing a functional link between breach and obligation, elaborating procedural guidelines (the requirement of gravity of the breach), putting additional requirements on subjective elements or using

---

<sup>640</sup> Criminal Chamber of the Supreme Court judgment no 3-1-1-61-09, para 12, 3-1-1-89-11, para 20.3.1, 26.4. Tartu County Court judgment of 31.10.2008.a in criminal case no 1-02-19.

<sup>641</sup> H. Satzger. B. Schmitt. G. Widmaier (Hrsg.). *Strafgesetzbuch. Kommentar.* Köln, 2009, § 266 para 31. M. Kubiciel. *Gesellschaftrechtliche Pflichtwidrigkeit und Untreuestrafbarkeit.* – *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 2005, 7, p 358–360.

objective attribution (in Estonian: *objektivne omistamine*, in German: *objektive Zurechnung*) to limit liability.<sup>642</sup>

It is important to stress before going further that compared to Section 266 of the German Criminal Code, Section 217<sup>2</sup> foresees liability only if the damage exceeds a certain amount – significant material damage, equalling to EUR 32 000 at the time of finalizing this analysis. This does not, however, preclude possible liability for attempt even if the EUR 32 000 mark has not been reached through commission of the offence. As stressed before, up to now, Estonian courts have solved cases pertaining to board member liability under Section 217<sup>2</sup> in a straightforward manner and no serious problems have arisen. In sum this does not preclude the possibility that Estonian courts will make an effort to elaborate some methods or principles to specify the offence in the case of so-called borderline cases – position of Estonian company law is unclear regarding some issues and could not be easily applied by criminal courts, forcing criminal courts to make new law.

The situation of borderline cases has been described under systems theory as a situation where offence of abuse of trust must exercise a differentiation responsible/not responsible in a situation where system economy has produced complexity to system law which is not reducible by law: notions such as appreciation awards (as in BGH judgment case *Mannesmann*) or risk transactions are considered everyday practice in the market but are still to large extent not regulated or the question of their eligibility is left unsolved by company law.<sup>643</sup>

As an example, German higher court has claimed in the case of board member decisions that the breach must be grave (in Estonian: *oluline rikkumine*, in German: *gravierende Pflichtverletzung*).<sup>644</sup> Gravity in that sense meaning that the breach must have been unproportionate to the financial situation of the company, in contradiction with internal rules of exchanging information, led by improper motive or in breach if internal rules of discretion. The thesis does not go any further with the aforementioned rules as the origin of such prerequisites

---

<sup>642</sup> See overview: M. Adick. Organuntreue (§ 266 StGB) und Business Judgment. Die strafrechtliche bewertung unternehmerischen Handelns unter Berücksichtigung von Verfahrensregeln. Frankfurt(aM), 2010, p 52ff. F. H. Gerkau. Untreue und Objektive Zurechnung. Hamburg, 2008, p 45–50. F. Saliger. Gibt es eine Untreuemode? Die neuere Untreuedebatte und Möglichkeiten einer restriktiven Auslegung. – Online-Zeitschrift für Höchstrichterliche Rechtspredung im Strafrecht 2006, 1, p 18ff.

<sup>643</sup> P.-A. Albrecht. In Treue gegen die Untreue. – R. Michalke ua (Hrsg.). FS Hamm. Berlin, 2008, p 9–11, 15–19.

<sup>644</sup> BGH, Urt. v 6.4.2000 – 1 StR 280/99 (LG Augsburg). – Neue Zeitschrift für Strafrecht 2000, p 655–657. BGH, Urt. v 15.11.2001. 1 StR 185/01 (LG Mannheim). – Neue Zeitschrift für Strafrecht 2002, 5, p 263–265.

and the placing within the structure of the offence is still unclear. The criteria have not been given univocal support in case law either.<sup>645</sup>

This thesis would like to concentrate more on whether the arguments that have been brought forward to protect the requirement of gravity could be applied to Section 217<sup>2</sup> as well. The overall idea behind the requirement has been derived from *ultima ratio* – to distinguish material, and hence worthy of punishment, breaches. Use of the aforementioned prerequisites has instead caused a situation where the notion has started to live its independent life. In order to demonstrate the situation that has been caused, literature regarding Section 266 has indicated that based on the aforementioned prerequisites it would be impossible to regard gift transactions made by board members of companies in a sound financial situation as breaches – the proportionality-requirement is not breached.<sup>646</sup> Alternatively, one could always deny liability when board members are able to indicate that all the internal rules on exchanging information were followed.<sup>647</sup>

There is lack of clarity on whether the gravity-requirement is to be regarded as an additional requirement to the requirement of occurrence of breach (asymmetric accessoriness) or a breach meeting the prerequisites mentioned above is to be regarded as a breach (the gravity-rule is regarded as a breach within the meaning of Section 266 of the German Criminal Code).

One must stress that similar considerations have been brought forward by the Supreme Court regarding the offence of failure to perform the obligation to submit a petition in bankruptcy (Section 385<sup>1</sup> of the Criminal Code). In a set of quite recent judgments the criminal chamber stressed that not every breach of obligation to submit a petition in bankruptcy sufficed to affirm liability under the section. The chamber gave specific additional requirements when one should affirm that such obligation had been breached. What is important is that the court clearly renounced to affirm that only a mere breach of the obligation under bankruptcy law would provide sufficient. The court did not, however, give any theoretical considerations to ground its solution. One can only assume

---

<sup>645</sup> A. Dierlamm. Neue Entwicklungen bei der Untreue – Loslösung des Tatbestandes von zivilrechtliche Kategorien? – Strafverteidiger Forum 2005, 9, lk 402–403. A. Bräunig. Untreue in der Wirtschaft. Eine funktionale Interpretation des Untreuestrafrechts, Berlin, 2011, p 132ff.

<sup>646</sup> F. Saliger. Gibt es eine Untreuemode? Die neuere Untreuedebatte und Möglichkeiten einer restriktiven Auslegung. – Online-Zeitschrift für Höchstgerichtliche Rechtspredung im Strafrecht 2006, 1, p 20–21. H. Satzger. B. Schmitt. G. Widmaier (Hrsg.). Strafgesetzbuch. Kommentar. Köln, 2009, § 266 para. 42. F. Saliger. Gibt es eine Untreuemode? Die neuere Untreuedebatte und Möglichkeiten einer restriktiven Auslegung. – Online-Zeitschrift für Höchstgerichtliche Rechtspredung im Strafrecht 2006, 1, p 21.

<sup>647</sup> K. Beckemper. Anmerkung zum BGH Urt. v 6.12.2001 – 1 StR 215/01 (LG Offenburg). – Neue Zeitschrift für Strafrecht 2002, 6, p 324–326.

that the court may have based its solution of *ultima ratio*, choosing to stress that criminal liability for such a breach would only be suitable as a last resort.<sup>648</sup>

### 5.3. Applicability of civil law rules on the notion of breach

Therefore, court practice regarding Section 385<sup>1</sup> does not give any guidance on how to interpret the notion of breach within Section 217<sup>2</sup>. The theoretical approaches of asymmetrical accessoriness or criminal law autonomous approach to the notion of breach are, nevertheless, to be regarded as deviant from civil law accessoriness. One must stress that the notion of breach of obligation is defined in Section 100 of the Law of Obligations Act. In addition, the notion of gravity of breach is a concept known to civil law, Section 116 of the Law of Obligations Act determining when a breach is to be considered as fundamental. Section 116 (1) leaves the notion of fundamental breach itself open, this has been verified by case law as well. Section 116 (2) lays down an open catalogue of examples when a breach is to be regarded as: for instance, non-performance of an obligation substantially deprives the injured party of what the party was entitled to expect under the contract, except in cases where the other party did not foresee such consequences of the non-performance and a reasonable person of the same kind as the other party could not have foreseen such consequences under the same circumstances or if pursuant to the contract, strict compliance with the obligation which has not been performed is the precondition for the other party's continued interest in the performance of the contract.

The analysis of whether the gravity-requirement from Section 266 case law, if theoretically applied to Section 217<sup>2</sup> would be in consequences similar to the ones of Section 116 of the Law Obligations Act is useless – the thesis takes a firm position that already the application of such case-law-born prerequisites is to be considered as denial of civil law accessoriness. Again the issue whether one needs a parallel system of meaning of a notion already existent in civil law arises. Even if one is to claim that asymmetric accessoriness is to be affirmed in future case law regarding Section 217<sup>2</sup>, then there are no systemic or policy arguments that ground the need for criminal law court practice to determine the contents of the gravity-requirement autonomously. The contents ought to be then derived directly from Section 116 of the Law of Obligations Act.

The author of the thesis would like to stress that there is no need for any additional requirements such as gravity or anything else. The bases for any additional requirements are policy arguments that would like to avoid

---

<sup>648</sup> Criminal Chamber of the Supreme Court judgment no 3-1-1-49-11, para 17-21. 3-1-1-85-11, para 34–35. See for comparison with German law. – K. Tiedemann. Der Untreuetatbestand – ein Mittel zur Begrenzung von Manazierbezügen? – bemerkungen zum “Fall Mannesmann”. – B. Heinrich ua (Hrsg.). FS Weber. Bielefeld, 2004, p 322.

application of the events in a situation where the exact situation under civil law is unclear. This does not, however, in any way ground the need to establish a set of criminal law autonomous structures to avoid excessive application of the offence. As one can see from the example of what has happened to the notion of obligation to safeguard one's financial duties in German law the risk that criminal law autonomous notions would in reality bring about unclarity of application and also the risk of offence applying to situations where the act itself was allowed under civil law is evident. Subsequently, examples have been brought where application of criminal autonomous notion of gravity of breach has brought about the tendency that criminal courts escape the hard work of establishing the contents and ambit of the obligation and the occurrence of breach.<sup>649</sup> In sum, the notion of breach ought to be interpreted as being synonymous with the notion of breach under civil law (in the case of Estonian law, Section 100 of the Law of Obligations Act).<sup>650</sup>

## 6. Final remarks

There are no firm principles to determine the interpretation of relative legal notions with civil law background stipulated in the objective category of Section 217<sup>2</sup> of the Estonian Criminal Code. Estonian court practice has nevertheless stressed that relative legal notions ought to be given identical meanings and different meanings should be given in exceptional situations if different goals of civil or criminal law create such need. Case law has not distinguished what are the goals pursued by criminal and civil law.

Law as a system should give fair warning and also be systematically coherent. The principle of legal clarity can be described as search for equilibrium between openness of wording of legal norms and foreseeability of legal consequences. As regards the principle of systemic coherence the thesis agrees with the positions that modern criminal law is neither utterly subsidiary or fragmentary, hence its' factual existence is questionable. The analysis stresses that one should take the principle of systemic coherence as an archetype – law as a system should thrive to be as coherent as possible, but will acquire never full coherence. Arguments of legal clarity and legal coherence must be hence assessed together with other possible arguments within the process of interpretation. In that sense the dichotomy between policy arguments, strongly influenced by morally based considerations) and legal

---

<sup>649</sup> H.-J. Rudolphi ua (Hrsg). Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. Köln, 2012, § 266 para 56–57.

<sup>650</sup> See also – K. Beckemper. Anmerkung zum BGH Urt. v 6.12.2001 – 1 StR 215/01 (LG Offenburg). – Neue Zeitschrift für Strafrecht 2002, 6, p 324–326. W. Wohlers. Die strafrechtliche Bewältigung der Finanzkrise am Beispiel der Strafbarkeit wegen Untreue. – ZStW 2011, 4, p 800–801.

certainty (inner morality of law) is becoming more evident as one can clearly distinguish tendencies of moralisation and instrumentalisation of the offence.

The thesis regards the situation linked with interpretation of the notion of obligation to safeguard one's financial interests in the meaning of Section 266 of German Criminal Code as an eloquent example. The result has been lack of legal clarity, clear situations of offence being widened to areas not covered by civil law and also rise of parallel rules regulating identical issues in criminal and civil law. In the light of the aforementioned example the thesis strongly recommends to deploy the framework given by civil law (Section 2 of the Law of Obligations Act) when interpreting the same notion regarding Section 217<sup>2</sup> of the Estonian Criminal Code.

Problems that have arisen and are capable of arising in case law regarding the denial of requirement of transaction to be legally binding was brought as an example of intrinsic contradictions within law and dissolution of any reasonable legal clarity caused by import of policy arguments into the interpretation process of the offence. There is no actual need to extend the offence to areas stressed by policy arguments. The thesis takes a firm position supporting civil law accessoriness of the notion transaction within the sub offence of abuse.

The tendencies of moralization and instrumentalisation are also very clearly evident in relation to the notion of breach. The use of the offence on open-ended civil law obligations itself is normal. It is also normal that in some cases – in the example of appreciation awards – the assessment by civil on the eligibility of the acts is unclear as well. The notions of *ultima ratio* and subsidiarity cannot in that case be interpreted in a way that criminal law must in such borderline cases deploy its own concepts to avoid arbitrariness. The notion of breach ought to be civil law accessory, no additional rules such as requirements of gravity ought to be deployed. By doing so the offence can be applied in the case the breach is considered breach under civil law – the author agrees with the position that in a borderline case, if it is not clearly established that civil law regards the act as forbidden (meaning – breach of an obligation).

## KASUTATUD LÜHENDID

AÕS	Asjaõigusseadus
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
DCFR	Draft Common Frame of Reference
EIK	Euroopa Inimõiguste Kohus
EIOK	Euroopa inimõiguste ja põhivabaduste kaitse konventsioon
FS	Festschrift
GG	Grundgesetz
IFRS	International Financial Reporting Standards
KarS	Karistusseadustik
PECL	Principles of European Contract Law
PKS	Perekonnaseadus
RKKKo	Riigikohtu kriminaalkolleegium
RKPSjvKo	Riigikohtu põhiseaduse järelevalve kolleegium
RKTKo	Riigikohtu tsiviilkolleegium
TLS	Töölepingu seadus
TsÜS	Tsiviilseadustiku üldosa seadus
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
VPTS	Väärtpäberituru seadus
Wistra	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
ÄS	Äriseadustik

## KASUTATUD KIRJANDUS

- Adick, M. Organuntreue (§ 266 StGB) und Business Judgment. Die strafrechtliche bewertung unternehmerischen Handelns unter Berücksichtigung von Verfahrensregeln. Frankfurt(aM), 2010.
- Albrecht, P.-A. In Treue gegen die Untreue. – R. Michalke ua (Hrsg.). FS Hamm. Berlin, 2008, lk 1–19.
- Alexy, R. Põhiõigused Eesti Põhiseaduses. – Juridica eriväljaanne 2001.
- Allan, T.R.S. Legislative Supremacy and the Rule of Law. – Cambridge Law Journal 1991, lk 111–143.
- Allan, T.R.S. Law, Justice and Integrity: The Paradox of Wicked Laws. – Oxford Journal of Legal Studies 2009, 29, lk 705–728.
- Ambos, K. Gewahrsamslose „Zueignung“ als Unterschlagung? – Goldammer’s Archiv für Strafrecht 2007, lk 127–145.
- Arzt, G. Zur Untreue durch befugtes Handeln. – W. Frisch. W. Schmid (Hrsg.). FS Bruns. Köln ua, 1978.
- Aschenbach, H. Ransiek, A. Handbuch Wirtschaftsstrafrecht. 3. Aufl. Heidelberg ua, 2012.
- Ashworth, A. Human Rights, Criminal Law, and the Principles of Legal Certainty and Non-Retroactivity. – J. Arnold (Hrsg.). FS Eser. München, 2005, lk 49–59.
- Ashworth, A. Principles of Criminal law. 9<sup>th</sup> ed. Oxford, 2009.
- v Bar, C. Clive, E (ed.). Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition. Munich, 2009.
- Bean, G.M.D. Fiduciary Obligations and Joint Ventures. The Collaborative Fiduciary Relationship. Oxford, 1995.
- Beckemper, K. Anmerkung zum BGH Urt. v 6.12.2001 – 1 StR 215/01 (LG Offenburg). – Neue Zeitschrift für Strafrecht 2002, 6, lk 324–326.
- Binding, K. Handbuch des Strafrechts. 1. Bd. Leipzig, 1885 (Neudruck Aalen, 1991).
- Bork, R ua (Bearb.). J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 1. Allgemeiner Teil. §§ 134–163. Berlin, 2003.
- Bringewat, P. Grundbegriffe des Strafrechts. Baden, Baden, 2003.
- Bydlinski, F. Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff. 2. Aufl. Wien, 1991.
- Bruns, H.-J. Die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denkens. Berlin, 1938.
- Colvin, E. Criminal Law and the Rule of Law. – P. Fitzgerald (ed.). Crime, Justice and Codification. Toronto, 1986, lk 125–152.
- Corsten, J. Pflichtverletzung und Vermögensnachteil bei der Untreue – Kritische betrachtung des „VW-Urteils“ des BGH wistra 2009, 468. – Wistra 2010, 6, lk 206–208.
- Cramer, P. Vermögensbegriff und Vermögensschaden im Strafrecht. Berlin, 1968.
- Demko, D. Zur "Relativität der Rechtsbegriffe" in strafrechtlichen Tatbeständen. Berlin, 2002.
- Demko, D. Keine Strafe ohne Gesetz – Das Gesetzlichkeitsprinzip des Art. 7 EMRK in der Rechtsprechung des EGMR (Reihe strafprozessuale Leitfälle zur EMRK). – Online-Zeitschrift für Höchstrichterliche Rechstprechung im Strafrecht 2004, 1, lk 19–25.
- Dierlamm, A. Untreue – ein Auffangtatbestand. – Neue Zeitschrift für Strafrecht 1997, 11, lk 534–536.

- Dierlamm, A. Neue Entwicklungen bei der Untreue – Loslösung des Tatbestandes von zivilrechtliche Kategorien? – Strafverteidiger Forum 2005, 9, lk 397-404.
- Du Bois-Pédain, A. Die Strafbarkeit untreueartigen Verhaltens im Englischen Recht: „Fraud by abuse of position“ und andere einschlägige Strafvorschriften. – ZStW 2010, 2, lk 325–353.
- Dworkin, R. Law’s Empire. Cambridge (MA), 1987.
- Engisch, K. Einheit der Rechtsordnung. Darmstadt, 1935 (Neudruck Darmstadt, 1987).
- Finn, P. Fiduciary Law and the Modern Commercial World. – E. McKendrick (ed.). Commercial Aspects of Trusts and Fiduciary Obligations. Oxford, 1992, lk 9–20.
- Finnis, J. Natural law and natural rights. Oxford, 1992.
- Fischer, T (Hrsg.). Strafgesetzbuch und Nebengesetze. 59. Aufl. München, 2012.
- Frister, H. Strafrecht. Allgemeiner Teil. 2. Aufl. München, 2007.
- Fuller, L. Morality of Law. New Haven, 1969.
- Gerkau, F. H. Untreue und Objektive Zurechnung. Hamburg, 2008,
- Güntge, G.-F. Untreueverhalten durch Unterlassung. – Wistra 1996, 3, lk 84–89.
- Haffke, B. Symbolische Gesetzgebung? – Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 1991, lk 165–176.
- Halpin, A. Definition in the Criminal Law. Oxford, 2004.
- Hamm, R. Kann der Verstoss gegen Treu und Glauben strafbar sein? – Neue Juristische Wochenschrift 2005, lk 1993–1995.
- Hea Ühingujuhtimise Tava. – Kättesaadav: <http://www.fi.ee/failid/20050922HYT.pdf>, 25.04.13.
- Hefendehl, R. Hohmann, O (Hrsg.). Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch. Bd 4. §§ 263–358 StGB 1–8, 105, 106 JGG. München, 2006.
- Hefendehl, R. Das Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm. – Hefendehl, R. v Hirsch, A. Wohlers, W (Hrsg.). Die Rechtsguttheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel? Baden-Baden, 2003, lk 119–132.
- v. Heintschel-Heinegg, B. Strafgesetzbuch. Kommentar. Strafgesetzbuch. München 2010.
- v Hippel, R. Deutsches Strafrecht. Bd 1. Allgemeine Grundlagen. Berlin, 1925.
- Husak, D. Applying Ultima Ratio: A Skeptical Assesment. – Ohio State Journal of Criminal Law 2005, 2, lk 535–545.
- Höfling, W. Krings, G. Der verwaltungsrechtliche Vertrag: Begriff, Typologie, Fehlerlehre. – Juristische Schulung 2000, lk 625–632.
- Jareborg, N. Criminalization as Last resort. – Ohio State Journal of Criminal Law 2005, 2, lk 521–534.
- Jakobs, G. Strafrecht, Allgemeiner Teil. 2. Aufl. Berlin, 1991.
- Jansen, N. Zimmermann, R. Vertragschluss und Irrtum in europäischen Vertragsrecht. – Archiv für die civilistische Praxis 2010, 210, lk 196–250.
- Joecks, W. Varalise kahju mõiste. – Juridica 2011, 4, lk 257–270.
- Joecks, W. Miebach, K (Hrsg.). Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch. Bd 3. §§ 185–262 StGB.. München, 2003.
- Joecks, W. Miebach, K (Hrsg.). Münchener Kommentar zum StGB. Bd 1. 2. Aufl. München, 2011.
- Kairjak, M. Krediidiasutuste tegevusega seotud süüteod. – Juridica 2008, 5, lk 299–308.
- Kairjak, M. Varaliste huvide järgimise kohustus ja teisele isikule usaldatud vara. – Juridica 2010, 1, lk 24–34.
- Kairjak, M. Faktilise ühingujuhi karistusõiguslik vastutus – Juridica 2011, 7, lk 540–547.

- Kairjak, M. Prospectus Liability v. Criminal Punishment: The Case of Public v. Private (But without) Enforcement. – *Juridica International*, 2012, lk 145–153.
- Kairjak, M. Sootak, J. Varavastased süüteod. 3.tr. Tallinn, 2012.
- Kargl, W. Die Missbrauchskonzeption der Untreue (266 StGB). *Vorschläge de lege ferenda*. *ZStW* 2001, lk 565–596.
- Kempf, E. Bestechende Untreue? – R. Michalke ua (Hrsg.) *FS Hamm*. Berlin, 2008, lk 255–267.
- Kindhäuser, U. Goy, B. Zur Strafbarkeit ungenehmigter Drittmittelinwerbung – Zugleich eine Besprechung von BGH – 1 StR 372/ und BGH – StR 541/01. – *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 2003, 6, lk 291–297.
- Kindhäuser, U. Neumann, U. Paeffgen, H.-U. *Strafgesetzbuch*. Bd II. §§ 146–358. 3. Aufl. Baden-Baden, 2010.
- Kratz, E. Zur limitierten Akzessorietät der strafbaren Untreue. – *ZStW* 2011, 3, lk 447–481.
- Krack, R. Radtke, H. Der Dreiecksbetrug oder die Fragwürdigkeit der „Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denkens“. – *Juristische Schulung* 1995, lk 17–21.
- Kramer, E. A. *Juristische Methodenlehre*. 2. Aufl. Bern, 2005.
- Krey, V. Hellmann, U. *Strafrecht*. Besonderer Teil. Bd 2. Vermögensdelikte. 15. Aufl. Stuttgart, 2008.
- Kubiciel, M. Gesellschaftrechtliche Pflichtwidrigkeit und Untreuestrafbarkeit. – *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 2005, 7, lk 353–361.
- Kuhlen, L. Gesetzlichkeitsprinzip und Untreue. – *Juristische Rundschau* 2011, 6, lk 243–256.
- Kull, I jt. Riigikohtu tsiviilkolleegiumi praktika seadusandja mõjutajana. – *Juridica* 2009, 8, lk 555–561.
- Kull, I. Korruptsioon ja tsiviilõiguslik vastutus. – *Juridica* 2000, 8, lk 524–528.
- Köhler, H. *BGB Allgemeiner Teil*. 35. Aufl. München, 2011.
- Käerdi, M. Sise- ja välissuhte eristamine esindusõiguse teostamisel. – *Juridica* 2010, 7, lk 517–522.
- Käis, L. Krediidasutuste juhatuse liikmete tasustamise poliitika. Krediidasutuste seaduse 23. veebruaril 2011 vastu võetud muudatused – *Juridica* 2012, 1, lk 22–30.
- Kühl, K (Bearb.). *Strafgesetzbuch. Kommentar*. München, 2009.
- Kühl, K. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 7. Aufl. München, 2012.
- Labsch, K.-H. *Untreue (§ 266 StGB)*. Grenzen und Möglichkeiten einer neuen Deutung. Lübeck, 1983.
- Labsch, K.-H. Grundprobleme des Missbrauchtatbestands der Untreue. – *Jura* 1987, lk 343–352.
- Larenz, K. Wolf, M. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. 8. Aufl. München, 1997.
- Larenz, K. Canaris, C.-W. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 3. Aufl. Berlin, 1995.
- Laufhütte, H.-W. R. Rissing-van. Saan, R. Tiedemann, K. *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar Grosskommentar*. 12. Aufl. 1. Bd. Einleitung; §§ 1 bis 31. Berlin, 2007.
- Laufhütte, H.-W. Rissing-van Saan, R. Tiedemann, K (Hrsg.). *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Grosskommentar*. 12. Aufl. 8 Bd. §§ 242 bis 262. Berlin, 2010.
- Laufhütte, H.-W. Rissing-van Saan, R. Tiedemann, K (Hrsg.). *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*. 12. Aufl. 9 Bd. §§ 263–283d. 1. Teilband §§ 263–266b. Berlin, 2012.
- Lassmann, T. Untreue zu Lasten gemeinnütziger Stiftungen – Strafbarkeitsrisiken im Non-Profit-Bereich. – *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 2009, 9, lk 473–478.

- Law Commission, Fraud. Kätesaadav arvutivõrgus:  
[http://lawcommission.justice.gov.uk/docs/lc276\\_Fraud.pdf](http://lawcommission.justice.gov.uk/docs/lc276_Fraud.pdf), 03.03.13.
- Leenen, D. BGB Allgemeiner Teil: Rechtsgeschäftslehre. Berlin, 2010.
- Liin, U. Pärjavaludus – kas vastuvõtustüsteemi sobimatu instituut? – *Juridica* 2006, 10, lk 711–719.
- Livers, P. Zivilrechtliche Begriffe im Strafrecht. – H. Walder. S. Trechsel (Hrsg.) FS Schultz. Bern 1977, lk 108–133.
- Luhmann, N. Sotsiaalsed süsteemid. Tallinn, 2009.
- Luhmann, N. Law as a Social System. Oxford, 2004.
- Luhmann, N. Einführung in die Systemtheorie. Heidelberg, 2004.
- Luts, M. Juhuslik ja isamaaline: F. G. v Bunge provintsiaalõigusteadus. Doktoritöö. Tartu, 2000.
- Luttermann, T. Wirtschaftsstrafrecht: Zur prozessualen Lösung von Bewertungsfragen bei Vermögensdelikten. – *Wistra* 2012, 7, lk 251–257.
- Lüderssen, K. Die Wiederkehr der „Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken“ – eine Warnung. – Ebert, U (Hrsg.). FS Hanack. Berlin, 1999, lk 487–500.
- Lüderssen, K. Gesellschaftrechtliche Grenzen der strafrechtlichen Haftung des Aufsichtsrats. – Dölling, D (Hrsg.). FS Lampe. Berlin, 2003, lk 727–742.
- Lüderssen, K. Primäre oder sekundäre Zustandigkeit des Strafrechts? – J. Arnold ua (Hrsg.). FS Eser. München, 2005, lk 163–180.
- Lüderssen, K. „Systemtheorie“ und Wirtschaftsstrafrecht. – M. Böse. D. Sternberg-Lieben (Hrsg.). FS Amelung. Berlin, 2009, lk 67–80.
- Maiwald, M. Zum fragmentarischen Charakter des Strafrechts. – Schröder, H.-C. FS Maurach. Karlsruhe, 1972, lk 9–23.
- Matt, H. Untreue und Moral. – *Neue Juristische Wochenschrift* 2005, 7, lk 385–464.
- Medicus, D. Allgemeiner Teil des BGB. 10. Aufl. Heidelberg, 2010.
- Meyer-Ledewig, J. Europäische Menschenrechtskonvention. 3. Aufl. Baden-Baden, 2011.
- Mitsch, W. Strafrecht Besonderer Teil 2. Vermögensdelikte (Kernbereich). Teilband 1. 2. Aufl. Berlin, 2003.
- Murmann, U. Untreue (§ 266 StGB) und Risikogeschäfte. – *Juristische Ausbildung* 2011, 8, lk 561–567.
- Mölter, T. Untreuestrafbarkeit von Anlageberatern unter spezieller Betrachtung der Vermögensbetreuungspflicht. – *Wistra* 2010, 2, lk 53–59.
- Müller-Gugenberger, C. Bieneck, K (Hrsg.). Wirtschaftsstrafrecht. Handbuch des Wirtschaftsstraf- und ordnungswidrigkeitsrechts. 4. Aufl. Köln, 2006.
- Nelles, U. Untreue zum Nachteil von Gesellschaften. Zugleich ein Beitrag zur Struktur des Vermögensbegriffs als Beziehungsbegriff. Berlin, 1991.
- Niggli, M. A. Ultima Ratio? Über Rechtsgüter und das Verhältnis von Straf- und Zivilrecht bezüglich der sogenannt „subsidiären oder sekundären Natur“ des Strafrechts. – *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht* 1993, lk 236–263.
- Ormerod, D. Williams, D. H. The Fraud Act 2006. – *Archibold News*, 2007, 6.
- Ormerod, A. The Fraud Act 2006 – Criminalising Lying? – *Criminal Law Review* 2007, 193–219.
- Ormerod, D. Smith and Hogan Criminal Law, 12th ed. Oxford, 2008.
- Parrest, N. Õiguselgusest õiguskantsleri töös. – *Õiguskeel* 2008, 1. Kätesaadav:  
<http://www.just.ee/33692>, 09.02.13.
- Pikamäe, P. Sootak, J (koost.). KarS komm vln. Tallinn, 2009

- Pikamäe, P. Mõningaid kelmuse üldkoosseisu sisustamisprobleemid kohtupraktikas. – *Juridica* 2011, 2, lk 129–138.
- Raz, J. *The Authority of Law*. Oxford, 1979.
- Roxin, C. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Bd 2. München, 2003.
- Roxin, C. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Bd 1. 4. Aufl. München, 2006.
- Rudolph, H.-J. ua (Hrsg.). *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*. Köln, 2012.
- Rönnau, T. Untreue als Wirtschaftsdelikt. – *ZStW* 2008, 4, lk 887–926.
- Rönnau, T. (Rechts-)Vergleichende Überlegungen zum Tatbestand der Untreue. – *ZstW* 2010, lk 299–324.
- Saare, K. Eraõigusliku juriidilise isiku organi liikmete õigussuhted. – *Juridica* 2010, 7, lk 481–490.
- Saliger, F. Gibt es eine Untreuemode? Die neuere Untreuedebatte und Möglichkeiten einer restriktiven Auslegung. – *Online-Zeitschrift für Höchstgerichtliche Rechtsprechung im Strafrecht* 2006, 1, lk 10–15.  
Kättesaadav: <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/archiv/06-01/hrrs-1-06.pdf>, 28.01.13.
- Saliger, F. Rechtsprobleme des Untreuetatbestandes. – *Juristische Arbeitsblätter* 2007, 5, lk 326–334.
- Saliger, F. Das Untreuestrafrecht auf dem Prüfstand der Verfassung. – *NJW* 2010, lk 3195–3198.
- Satzger, H. Schmitt, B. Widmaier, G (Hrsg.). *Strafgesetzbuch. Kommentar*. Köln, 2009.
- Sauer, D. Anmerkung zum BGH Urt. vom 6. Dezember 2001 – 1 StR 215/01 (LG Offenburg). – *Wistra* 2002, lk 465–467.
- Schilling, D. Fragmentarisch oder umfassend? Wege strafrechtlichen Zugriffs bei der Veruntreuung fremden Vermögens am Beispiel des deutschen und des italienischen Untreuestrafrechts. Frankfurt(aM), 2009.
- Schlösser, J. Dörfler, R. Strafrechtliche Folgen eines Verstosses gegen den Deutschen Corporate Governance Kodex – *Wistra* 2007, 9, lk 326–333.
- Schmalz, D. *Methodenlehre für das juristische Studium*. 4. Aufl. Baden-Baden, 1998.
- Schulze, R (Hrsg.). *Bürgerliches Gesetzbuch. Handkommentar*. 7. Aufl. Baden-Baden, 2011.
- Schönke, A. Schröder, H. *Strafgesetzbuch. Kommentar*. 28. Aufl. München, 2010.
- Schünemann, B. Wider Verbreitete Irrlehren zum Untreuetatbestand. – *Zeitschrift für die internationale Strafrechtsdogmatik* 2012, 5, lk 183–194.
- Schmidt-Bleibtreu, B ua (Hrsg.). *Grundgesetz. Kommentar zum Grundgesetz*. 11. Aufl. Köln, 2008.
- Schmidt, K. Einheit der Rechtsordnung – Realität? Aufgabe? Illusion?. – K. Schmidt (Hrsg.). *Vielfalt des Rechts – Einheit der Rechtsordnung?* Berlin, 1994, lk 9–29.
- Seelmann, K. Privatrechtlich begründete Garantienpflichten? – K. Schmidt (Hrsg.) *Vielfalt des Rechts – Einheit der Rechtsordnung?* Berlin, 1994, lk 85–98.
- Sheehan, K. M. *The Regulation of executive compensation. Greed, Accountability and Say on Pay*. Cheltenham, 2012.
- Simon, E. *Gesetzesauslegung im Strafrecht. Eine Analyse der höchstrichterlichen Rechtsprechung*. Berlin, 2005.
- Stölting, M. Das Tatbestandsmerkmal des fremden Vermögens bei der Untreue zum Nachteil von Personengesellschaften am Beispiel der GmbH & Co. KG. Frankfurt (aM), 2010.
- Sootak, J. *Karistusõiguse alused*. Tallinn, 2003.

- Sootak, J. Karistusõigusel on oma füüsika. Teo ja tagajärje omistamine – vanad ja uued dogmaatikafiguurid karistusõiguses. – *Juridica* 2004, 3, lk 168–175.
- Sootak, J (koost.). Karistusõigus. Tallinn, 2010.
- Sootak, J. Ühetaoline mõistekasutus karistusõiguses. Riigikohtu otsus 3-1-1-40-12. – *Juridica* 2012, 10, lk 790–794.
- Sternberg-Lieben, I. Selbsttore eines vereinskassierers. – *Juristische Arbeitsblätter* 1997, lk 124–133.
- Stratenwerth, G. Kuhlen, L. Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Straftat. 6. Aufl. München, 2011.
- Säcker, F.-J. Rixecker, F (Hrsg.). Münchener Kommentar zum BGB. 4. Bd. 6. Aufl. München, 2012.
- Theile, H. Strafbarkeitsrisiken der Unternehmensführung aufgrund rechtswidriger Mitarbeiterpraktiken – Kann eine nichteinrichtung einer Compliance-Organisation eine strafbare Untreue nach § 266 StGB begründen? – *Wistra* 2010, 12, lk 457–462.
- Theile, H. Konvergenzen und Divergenzen zwischen Gesellschaftsrecht und Strafrecht Das Merkmal der gravierenden Pflichtverletzung (§ 266 StGB) aus systemtheoretischer Sicht. – *Zeitschrift für die internationale Strafrechtsdogmatik* 2011, 7, lk 616–628.
- Tiedemann, K. Strafrecht in der Marktwirtschaft. FS Stree und Wessels. Heidelberg, 1993.
- Tiedemann, K. Der Untreuetatbestand – ein Mittel zur Begrenzung von Manazierbezügen? – bemerkungen zum „Fall Mannesmann” . – B. Heinrich ua (Hrsg.). FS Weber. Bielefeld, 2004, lk 319–332.
- Zippelius, R. Juristische Methodenlehre. 11. Aufl. München, 2012.
- Varul, P jt (koost.). Võlaõigusseadus. Kommenteeritud väljaanne. II kd. Tallinn, 2007.
- Varul P jt (koost.). TsÜS komm vln. Tallinn, 2010.
- Varul, P. Tühine tehing. – *Juridica* 2011, 1, lk 35–46.
- Volk, K. Strafrecht und Wirtschaftskriminalität. – *Juristische Zeitung* 1982, lk 85–92.
- Volk, K. Untreue und Gesellschaftsrecht. Ein Dschungelbuch. – R. Michalke ua (Hrsg.). FS Hamm. Berlin, 2008, lk 803–814.
- Vornbaum, T. „Politisches Strafrecht”. – *ZStW* 1995, lk 734–765.
- Vornbaum, T. Fragmentarisches Strafrecht in Geschichte und Dogmatik. – *ZStW* 2011, 4, lk lk 660–690.
- Wank, R. Die juristische Begriffsbildung. München, 1985.
- Wegenast, M. Missbrauch und Treubruch. Zum verhältnis der Tatbestände in § 266 StGB. Berlin, 1994.
- Welzel, H. Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung. 11. Aufl. Berlin.
- Wittig, P. Reinhart, M. Untreue beim verlängerten Eigentumsvorbehalt. – *Neue Zeitschrift für die Strafrechtswissenschaft* 1996, 10, lk 467–472.
- Wohlers, W. Die strafrechtliche Bewältigung der Finanzkrise am Beispiel der Strafbarkeit wegen Untreue. – *ZStW* 2011, 4, lk 791–815.
- Yoon, Y-C. Strafrecht als ultima ratio und Bestrafung von Unternehmen. Fankfurt(aM), 2001.

# KASUTATUD ÕIGUSAKTID

## Kasutatud Eesti õigusaktid

Asjaõigusseadus. – RT I 1993, 39, 590. RT I 2012.  
Eesti Vabariigi Põhiseadus. – RT 1992, 26, 349. RT I 2011, 2.  
Karistusseadustik. – RT I 2001, 61, 364. RT I 2012, 12.  
Krediitiasutuste seadus. – RT I 1999, 23, 349. RT I 2012, 25.  
Perekonnaseadus. – RT I 2009, 60, 395. RT I 2012, 4.  
Strateegilise kauba seadus. – RT I 2011, 2. RT I 2012, 43.  
Tsiiviilseadustiku üldosa seadus. – RT I 2002, 35, 216. RT I 2010, 12.  
Töölepingu seadus. – RT I 2009, 5, 35. RT I 2012, 15.  
Väärtpaberituruseadus. – RT I 2001, 89, 532. RT I 2012, 19.  
Võlaõigusseadus. – RT I 2001, 81, 487. RT I 2011, 21.  
Äriseadustik. – RT I 1995, 26, 355. RT I 2012, 8.  
VV 10.01.2013.a määrus „Töötasu alammäära kehtestamine” § 1. – RT I 2013, 7.

## Kasutatud välisriikide õigusaktid

Bürgerliches Gesetzbuch. – BGBl. I S. 42, ber. S. 2909 und BGBl. 2003 I S. 738.  
An Act to make provision for, and in connection with, criminal liability for fraud and obtaining services dishonestly (The Fraud Act 2006). – 2006 c 35.  
Kreditwesengesetz. – BGBl. I S. 2776.  
Strafgesetzbuch (Saksamaa). – BGBl. I S. 3322.  
Strafgesetzbuch (Šveits). – AS 54 57.

# KASUTATUD KOHTUPRAKTIKA

## Kasutatud Riigikohtu praktika

RKKKo 3-1-1-13-05  
RKKKo 3-1-1-65-06  
RKKKo 3-1-1-90-06  
RKKKo 3-1-1-118-06  
RKKKo 3-1-1-58-07  
RKKKo 3-1-1-93-07  
RKKKo 3-1-1-46-08  
RKKKo 3-1-1-4-08  
RKKKo 3-1-1-55-09  
RKKKo 3-1-1-61-09  
RKKKo 3-1-1-100-09  
RKKKo 3-1-1-70-10  
RKKKo 3-1-1-8-11  
RKKKo 3-1-1-28-11  
RKKKo 3-1-1-49-11  
RKKKo 3-1-1-70-11  
RKKKo 3-1-1-85-11  
RKKKo 3-1-1-89-11  
RKKKo 3-1-1-36-12  
RKKKo 3-1-1-69-12  
RKKKo 3-1-2-1-00 (E. Kergandbergi eriarvamus)  
RKPSjvKo 3-4-1-20-04  
RKPSjvKo 3-4-1-16-05  
RKTCo 3-2-1-41-03  
RKTCo 3-2-1-45-03  
RKTCo 3-2-1-127-04  
RKTCo 3-2-1-41-05  
RKTCo 3-2-1-42-10  
RKTCo 3-2-1-100-07  
RKTCo 3-2-1-140-07  
RKTCo 3-2-1-137-10  
RKTCo 3-2-1-168-12

## Kasutatud madalama astme kohtute praktika

HMK 21.06.2007.a otsus kriminaalasjas 1-07-795 kokkuleppemenetluses.  
TMK Jõgeva kohtumaja 28.11.2007.a otsus kriminaalasjas 1-06-7509 kokkuleppemenetluses.  
TMK 31.10.2008.a otsus kriminaalasjas 1-02-19 üldmenetluses.  
HMK 17.10.2011.a otsus kriminaalasjas 1-10-7794 üldmenetluses.  
HMK 03.03.2011.a otsus kriminaalasjas 1-06-15601 üldmenetluses.  
HMK 09.03.2012.a otsus kriminaalasjas 1-12-1652 kokkuleppemenetluses.

## Kasutatud välisriikide kohtupraktika

Šveitsi Liidukohtu 20.20.1954. a otsus 80 IV 243. Kättesaadav:

<http://www.bger.ch/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht/jurisdiction-recht-leitentscheide1954.htm>, 23.01.13.

Šveitsi Liidukohtu 22.12.1965.a otsus 81 IV 276. Kättesaadav:

[http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?lang=de&type=show\\_document&page=1&from\\_date=&to\\_date=&from\\_year=1954&to\\_year=2013&sort=relevance&insertion\\_date=&from\\_date\\_push=&top\\_subcollection\\_clir=bge&query\\_words=&part=all&de\\_fr=&de\\_it=&fr\\_de=&fr\\_it=&it\\_de=&it\\_fr=&orig=&translation=&rank=0&highlight\\_docid=atf%3A%2F%2F81-IV-](http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?lang=de&type=show_document&page=1&from_date=&to_date=&from_year=1954&to_year=2013&sort=relevance&insertion_date=&from_date_push=&top_subcollection_clir=bge&query_words=&part=all&de_fr=&de_it=&fr_de=&fr_it=&it_de=&it_fr=&orig=&translation=&rank=0&highlight_docid=atf%3A%2F%2F81-IV-)

276%3Ade&number\_of\_ranks=0&azaclir=clir#page279, 23.01.13. BGH Urt v. 27.01.1988 – 3 StR 61/87 (LG Kiel). – Wistra 1988, 5, lk 191.

BGH Urt v. 29.10.1991.a. – Wistra 1992.

BGH, Urt. v 6.4.2000 – 1 StR 280/99 (LG Augsburg). – Neue Zeitschrift für Strafrecht 2000, 655–657.

BGH, Urt. v 15.11.2001. 1 StR 185/01 (LG Mannheim). – Neue Zeitschrift für Strafrecht 2002, 5, 263–265.

BGH Urt. vom 6. 12.2001 – 1 StR 215/01 (LG Offenburg). – Wistra 2002, lk 143–148.

BGH, Urt. v 2.12.2005.a – 5 StR 119/05 (LG Köln). – Neue Zeitschrift für Strafrecht 2006, 4, 210–214.

BGH, Urt. v 12.12.2005 – StR 470/04 (LG Düsseldorf). – Neue Zeitschrift für Strafrecht 2006, 4, 214–218.

BGH, Urt v 13.02.2007 – 5 StR 400/06 (LG Potsdam) mit Anmerkung v A. Dierlamm. – Neue Zeitschrift für Strafrecht 2007, 579.

BverfG Urt v. 23.06.2010 NJW 2010, 3209.

## Kasutatud Euroopa Inimõiguste Kohtu praktika

EIÕK otsus *Sunday Times* vs Ühendkuningriik. – 2 EHRR 245.

EIÕK otsus *Kokkinakis* vs Kreeka. – 17 EHRR 397.

# ELULOOKIRJELDUS

Nimi: Marko Kairjak  
Sünniaeg: 26.09.1983  
Kodakondsus: Eesti  
Kontaktandmed: marko.kairjak@gmail.com  
Keeleoskus: eesti, inglise, saksa, vene

## Hariduskäik

1990–1999 Tallinna Liivalaia Gümnaasium  
1999–2002 Tallinna J. Westholmi Gümnaasium  
2002–2005 TÜ õigusteaduskond, bakalaureus  
2005–2007 TÜ õigusteaduskond, magister  
2007 Westfälische-Wilhelms-Universität Münster, vahetusüliõpilane  
2008 alates TÜ õigusteaduskond, doktorantuur  
2009–2010 Cambridge'i ülikool, magister (LLM)  
2010 Georg-August-Universität Göttingen, külalisteadlane  
2013 Osnabrückeri ülikool, külalisteadlane  
2014 Euroopa Komisjon, DG Markt, Unit G3, praktikant

## Töökogemus

2005 alates Advokaadibüroo VARUL, vandeadvokaat  
2007 alates TÜ õigusteaduskonna kriminaalõiguse õppetool, õppe-ülesannete täitja

## Muu teaduslik organisatsiooniline ja erialane tegevus

MTÜ Eesti Akadeemiline Õigusteadlaste Selts, liige  
Eesti Advokatuur, liige (vandeadvokaat)  
European Criminal Bar Association, liige

## Publikatsioonid

Raamatud

M. Kairjak. J. Sootak. Varavastased süüteod. 3 tr. Tallinn, 2012.

Avaldatud artiklid

M. Kairjak. Krediidiasutuste tegevusega seotud süüteod. – Juridica, 2008, 5, lk 299–308.

M. Kairjak. R. Rask. Kriminaalvastutus juriidilise isiku jagunemisel. Tractatus terribles. Professor Jaan Sootaki 60. juubelile pühendatud artiklikogumik. Tallinn, 2009, lk 37–49.

M. Kairjak. Varaliste huvide järgimise kohustus ja teisele isikule usaldatud vara. – Juridica 2010, nr. 1, lk 24–34

- M. Kairjak. R. Rask. Division of a Company as Means of Corporate Rescue? On Criminal Liability in the Context of Company Division. – *Juridica International* 2010, p 243–251.
- M. Kairjak. Prospectus Liability v. Criminal Punishment: The Case of Public v. Private (But without) Enforcement. – *Juridica International* 2011, p 145–153.
- M. Kairjak. Faktilise ühingujuhi karistusõiguslik vastutus. – *Juridica* 2011, 7, lk 540–547.
- M. Kairjak. J. Sootak. Varavastaste süütegude uuemaid lahendusi Riigikohtus Kriminaalkollegiumi otsus asjas 3-1-1-23-14. – *Juridica*, 2014, 4, lk 339–344.

# CURRICULUM VITAE

Name: Marko Kairjak  
DOB and place: 26.09.1983, Tallinn  
Citizenship: Estonian  
E-mail: marko.kairjak@gmail.com  
Languages: Estonian, English, German, Russian

## Education

1990–1999 Tallinna Liivalaia Gümnaasium  
1999–2002 Tallinna J. Westholmi Gümnaasium  
2002–2005 University of Tartu Faculty of Law, BA  
2005–2007 University of Tartu Faculty of Law MA  
2007 Westfälische-Wilhelms-Universität Münster, Exchange student  
2008 alates University of Tartu Faculty of Law, doctoral studies  
2009–2010 University of Cambridge, LLM  
2010 Georg-August-Universität Göttingen, visiting scholar  
2013 University of Osnabrücki, visiting scholar  
2014 European Commission, DG Markt, Unit G3, trainee

## Work experience

From 2005 VARUL law firm, attorney-at-law  
From 2007 University of Tartu, criminal law department, part time lecturer

## Other Scientific Activities

Legal Academic Society, member,  
Estonian Bar Association, member  
European Criminal Bar Association, member

## Publications

### Books

M. Kairjak. J. Sootak. Varavastased süüteod. 3 tr. Tallinn, 2012.

### Articles

M. Kairjak. Krediidasutuste tegevusega seotud süüteod. – *Juridica*, 2008, 5, lk 299–308.  
M. Kairjak. R. Rask. Kriminaalvastutus juriidilise isiku jagunemisel. *Tractatus terribles*. Professor Jaan Sootaki 60. juubelile pühendatud artiklikogumik. Tallinn, 2009, lk 37–49.  
M. Kairjak. Varaliste huvide järgimise kohustus ja teisele isikule usaldatud vara. – *Juridica* 2010, nr. 1, lk 24–34  
M. Kairjak. R. Rask. Division of a Company as Means of Corporate Rescue? On Criminal Liability in the Context of Company Division. – *Juridica International* 2010, p 243–251.

- M. Kairjak. Prospectus Liability v. Criminal Punishment: The Case of Public v. Private (But without) Enforcement. – *Juridica International* 2011, p 145–153.
- M. Kairjak. Faktilise ühingujuhi karistusõiguslik vastutus. – *Juridica* 2011, 7, lk 540–547.
- M. Kairjak. J. Sootak. Varavastaste süütegude uuemaid lahendusi Riigikohtus Kriminaalkolleegiumi otsus asjas 3-1-1-23-14. – *Juridica*, 2014, 4, lk 339–344.

## DISSERTATIONES IURIDICAE UNIVERSITATIS TARTUENSIS

1. **Херберт Линдмяэ.** Управление проведением судебных экспертиз и его эффективность в уголовном судопроизводстве. Тарту, 1991.
2. **Peep Pruks.** Strafprozesse: Wissenschaftliche “Lügendetektion”. (Instrumentaldiagnostik der emotionalen Spannung und ihre Anwendungsmöglichkeiten in Strafprozess). Tartu, 1991.
3. **Marju Luts.** Juhuslik ja isamaaline: F. G. v. Bunge provintsiaalõigusteadus. Tartu, 2000.
4. **Gaabriel Tavits.** Tööõiguse rakendusala määratlemine töötaja, tööandja ja töölepingu mõistete abil. Tartu, 2001.
5. **Merle Muda.** Töötajate õiguste kaitse tööandja tegevuse ümberkorraldamisel. Tartu, 2001.
6. **Margus Kingisepp.** Kahjuhüvitis postmodernses deliktiõiguses. Tartu, 2002.
7. **Vallo Olle.** Kohaliku omavalitsuse teostamine vahetu demokraatia vormis: kohalik rahvaalgatus ja rahvahääletus. Tartu, 2002.
8. **Irene Kull.** Hea usu põhimõtte kaasaegses lepinguõiguses. Tartu, 2002.
9. **Jüri Saar.** Õigusvastane käitumine alaealisena ja kriminaalsed karjäärid (Eesti 1985–1999 longituuduurimuse andmetel). Tartu, 2003.
10. **Julia Laffranque.** Kohtuniku eriarvamus. Selle võimalikkus ja vajalikkus Eesti Vabariigi Riigikohtus ja Euroopa Kohtus. Tartu, 2003.
11. **Hannes Veinla.** Ettevaatusprintsip keskkonnaõiguses. Tartu, 2004.
12. **Kalev Saare.** Eraõigusliku juriidilise isiku õigussubjektsuse piiritlemine. Tartu, 2004.
13. **Meris Sillaots.** Kokkuleppemenetlus kriminaalmenetluses. Tartu, 2004.
14. **Mario Rosentau.** Õiguse olemus: sotsiaalse käitumise funktsionaalne programm. Tartu, 2004.
15. **Ants Nõmper.** Open consent – a new form of informed consent for population genetic databases. Tartu, 2005.
16. **Janno Lahe.** Süü deliktiõiguses. Tartu, 2005.
17. **Priit Pikamäe.** Tahtluse struktuur. Tahtlus kui koosseisupäraste asjaolude teadmine. Tartu, 2006.
18. **Ivo Pilving.** Haldusakti siduvus. Uurimus kehtiva haldusakti õiguslikust tähendusest rõhuasetusega avalik-õiguslikel lubadel. Tartu, 2006.
19. **Karin Sein.** Ettenähtavus ja rikutud kohustuse eesmärk kui lepingulise kahjuhüvitise piiramise alused. Tartu, 2007.
20. **Mart Susi.** Õigus tõhusale menetlusele enda kaitseks – Euroopa Inimõiguste ja Põhivabaduste Kaitse Konventsiooni artikkel 13 Euroopa Inimõiguste Kohtu dünaamilises käsitluses. Tartu, 2008.
21. **Carri Ginter.** Application of principles of European Law in the supreme court of Estonia. Tartu, 2008.
22. **Villu Kõve.** Varaliste tehingute süsteem Eestis. Tartu, 2009.

23. **Katri Paas.** Implications of Smallness of an Economy on Merger Control. Tartu, 2009.
24. **Anneli Alekand.** Proportsionaalsuse printsiip põhiõiguste riive mõõdupuuna täitemenetluses. Tartu, 2009.
25. **Aleksei Kelli.** Developments of the Estonian Intellectual Property System to Meet the Challenges of the Knowledge-based Economy. Tartu, 2009.
26. **Merike Ristikivi.** Latin terms in the Estonian legal language: form, meaning and influences. Tartu, 2009.
27. **Mari Ann Simovart.** Lepinguvabaduse piirid riigihankes: Euroopa Liidu hankeõiguse mõju Eesti eraõigusele. Tartu, 2010.
28. **Priidu Pärna.** Korteriomanike ühisus: piiritlemine, õigusvõime, vastutus. Tartu, 2010.
29. **René Värk.** Riikide enesekaitse ja kollektiivse julgeolekusüsteemi võimalikkusest mitteriiklike terroristlike rühmituste kontekstis. Tartu, 2011.
30. **Paavo Randma.** Organisatsiooniline teovalitsemine – *täideviija täideviija taga* kontseptsioon teoorias ja selle rakendamine praktikas. Tartu, 2011.
31. **Urmas Volens.** Usaldusvastutus kui iseseisev vastutussüsteem ja selle avaldumisvormid. Tartu, 2011.
32. **Margit Vutt.** Aktsionäri derivatiivnõue kui õiguskaitsevahend ja ühingujuhtimise abinõu. Tartu, 2011.
33. **Hesi Siimets-Gross.** Das „Liv-, Est- und Curlaendische Privatrecht“ (1864/65) und das römische Recht im Baltikum. Tartu, 2011.
34. **Andres Vutt.** Legal capital rules as a measure for creditor and shareholder protection. Tartu, 2011.
35. **Eneken Tikk.** Comprehensive legal approach to cyber security. Tartu, 2011.
36. **Silvia Kaugia.** Õigusteadvuse olemus ja arengudeterminandid. Tartu, 2011.
37. **Kadri Siibak.** Pangandussüsteemi usaldusväarsuse tagamine ja teabekohustuste määratlemine finantsteenuste lepingutes. Tartu, 2011.
38. **Signe Viimsalu.** The meaning and functioning of secondary insolvency proceedings. Tartu, 2011.
39. **Ingrid Ulst.** Balancing the rights of consumers and service providers in electronic retail lending in Estonia. Tartu, 2011.
40. **Priit Manavald.** Maksejõuetusõigusliku regulatsiooni valikuvõimaluste majanduslik põhjendamine. Tartu, 2011, 193 lk.
41. **Anneli Soo.** Remedies against ineffectiveness of defense counsel. Judicial supervision over the performance of defense counsel in Estonian criminal proceedings. Tartu, 2011, 282 p.
42. **Arnold Sinisalu.** Mõjutustegevuse piirid rahvusvahelises õiguses. Tartu, 2012, 277 lk.
43. **Kaspar Lind.** Käibemaksupettused ja nende tõkestamine. Tartu, 2012, 155 lk.
44. **Berit Aaviksoo.** Riigi otsustusruumi ahenemine: kodakondsus nüüdisaegses Euroopas. Tartu, 2013, 368 lk.

45. **Kai Kullerkupp.** Vallasomandi üleandmine. Õigusdogmaatiline raamistik ja kujundusvõimalused. Tartu, 2013, 398 lk.
46. **Iko Nõmm.** Käibekohustuse rikkumisel põhinev deliktiõiguslik vastutus. Tartu, 2013, 212 lk.
47. **Piia Kalamees.** Hinna alandamine õiguskaitsevahendite süsteemis. Tartu, 2013, 232 lk.
48. **Irina Nossova.** Russia's international legal claims in its adjacent seas: the realm of sea as extension of Sovereignty. Tartu, 2013, 205 lk.
49. **Age Värvi.** Kulutuste kondiktsioon: teise isiku esemele tehtud kulutuste hüvitamine alusetu rikastumise õiguses. Tartu, 2013, 273 lk.
50. **Elise Vasamäe.** Autoriõiguste ja autoriõigusega kaasnevate õiguste jätkusuutlik kollektiivne teostamine. Tartu, 2014, 308 lk.